www.sapientia.uji.es | 188

Derecho procesal penal alemán y español

Klaus Volk
Kai Ambos
Andrea Planchadell Gargallo
Ana Beltrán Montoliu
Christa M. Madrid Boquín





ACTUALIZACIÓN Y REVISIÓN DE LA VERSIÓN ALEMANA

Peter Rackow

ADAPTACIÓN Y TRADUCCIÓN

Sem Sandoval Reyes

Rodolfo González Espinosa

Gustavo Urquizo Videla

TRADUCCIÓN PARA LA 1.ª EDICIÓN EN CASTELLANO

Alberto Nanzer

Noelia T. Núñez

Daniel R. Pastor

REVISIÓN DE LA TRADUCCIÓN DE NOELIA T. NÚÑEZ Y DANIEL R. PASTOR

Eugenio Sarrabayrouse

Colección «Sapientia», núm. 188

DERECHO PROCESAL PENAL ALEMÁN Y ESPAÑOL

Klaus Volk
Kai Ambos
Andrea Planchadell Gargallo
Ana Beltrán Montoliu
Christa M. Madrid Boquín

Departamento de Derecho Público

- Código de las asignaturas:

DR1023 Derecho Procesal Penal: Grado en Derecho
DA0123 Derecho Procesal Penal: Doble Grado en Administración de Empresas y Derecho
CS1023 Derecho Procesal Penal: Grado en Criminología y Seguridad
DR1016 Introducción al Derecho Procesal: Grado en Derecho
DA0116 Introducción al Derecho Procesal: Doble Grado en Administración de Empresas y Derecho
CS1016 Introducción al Derecho Procesal: Grado en Criminología y Seguridad
DR1031 Derecho Probatorio: Grado en Derecho
CS1026 Investigación Procesal del Crimen: Grado en Criminología y Seguridad
CS1028 Víctima y Sistema de Justicia: Grado en Criminología y Seguridad







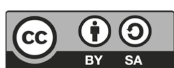
Edita: Publicacions de la Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions
Campus del Riu Sec. Edifici Rectorat i Serveis Centrals. 12071 Castelló de la Plana
http://www.tenda.uji.es e-mail: publicacions@uji.es

Colección Sapientia 188
www.sapientia.uji.es
Primera edición, 2023

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188



Publicacions de la Universitat Jaume I es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional. www.une.es.



ÍNDICE

Abreviaturas y siglas utilizadas 31

Prólogo a la 1ª edición (alemana) 35

Capítulo 1. El caso procesal penal 37

Comentarios desde la perspectiva española 38

Capítulo 2. Derecho procesal penal y derecho penal material 39

Comentarios desde la pespectiva española 40

Capítulo 3. Los fines del proceso penal 43

I. Déficit en la verdad 43
II. Déficit en la justicia 44
III. Déficit en la paz jurídica 44
IV. El camino hacia la meta 44

Casos y preguntas 45

Comentarios desde la pespectiva española 45

Capítulo 4. La marcha del proceso 47

Casos y preguntas 48

Comentarios desde la pespectiva española 48

Capítulo 5. Los tribunales: constitución, organización y competencia 51

I. El derecho judicial constitucional 51

1. Art. 92 GG 51
2. Art. 97 GG 51
3. Art. 101 52

II. La organización de los tribunales 53
III. La competencia de los tribunales de primera instancia 53

1. Panorama 53
2. La competencia objetiva del Tribunal Municipal 54
3. La competencia objetiva del Tribunal Estadual 55

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

4. La competencia del Tribunal Superior Estadual 56
5. Los jueces legos 56
6. La competencia territorial (jurisdicción) 57

IV. La competencia en materia de recursos 58

1. El Tribunal Estadual 58
2. El Tribunal Superior Estadual 58
3. El Tribunal Supremo Federal 59

V. Tribunales penales internacionales 59

1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) 59
2. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) 60
3. La Corte Penal Internacional (CPI) 61

Casos y preguntas 62

Comentarios desde la pespectiva española 62

I. El Derecho judicial constitucional 62
II. Los criterios de atribución de la competencia 64
III. Órganos judiciales con competencia en materia penal 64

1. Órganos judiciales unipersonales: juzgados 64
2. Órganos judiciales colegiados: tribunales 65
3. Otros órganos judiciales 66

IV. Tribunales penales internacionales 66

Capítulo 6. La Fiscalía: organización y posición jurídica 67

I. La función de la Fiscalía en el desarrollo del proceso penal . . . 67
II. La estructura de la Fiscalía 67
III. El fiscal como funcionario 68

1. La estructura jerárquica 68
2. El derecho a impartir instrucciones 68
3. El derecho de sustitución 68
4. El derecho de devolución 69

IV. El cargo del fiscal 69

1. Los principios 69
2. La libertad de acción del fiscal 70
3. La sujeción de la Fiscalía a la jurisprudencia 71

V. La posición jurídica de la Fiscalía 71
VI. La Fiscalía Europea 72

Casos y preguntas 72

Comentarios desde la perspectiva española 73

I. La función de la Fiscalía en el desarrollo del proceso penal . . . 73

II. La estructura de la Fiscalía 73
III. Principios orgánicos y principios relativos a su actuación 74
IV. La Fiscalía Europea 74
V. La dirección de la investigación criminal en España: el Juzgado de Instrucción 75
VI. Las diferentes partes acusadoras en el proceso penal español . . 75

Capítulo 7. La Policía 77

I. La organización 77
II. Policía y Fiscalía 79

Casos y preguntas 81

Comentarios desde la perspectiva española 81

Capítulo 8. El procedimiento de investigación 83

I. Las competencias 83

1. El dominio del proceso 83
2. El juez de investigación 83

II. La sospecha 84

Sinopsis 1: Sospecha 84

III. Sospecha y presunción de inocencia 84
IV. La sospecha inicial 85
1. El concepto 85
2. Las fuentes: denuncia penal, solicitud de persecución penal y otras vías 87

Sinopsis 2: La solicitud de persecución penal como presupuesto procesal 88

Casos y preguntas 89

Comentarios desde la perspectiva española 90

I. Las competencias 90
II. El inicio del procedimiento 91

Capítulo 9. El imputado 93

I. El concepto, interrogatorio, instrucción 93

1. El concepto de imputado 93
2. El imputado – el testigo 94

Sinopsis 3: El imputado – el testigo 95

3. El «sospechoso» 95
4. Interrogatorio informativo 95

5. Manifestaciones espontáneas 96
6. El interrogatorio del imputado 96
7. Los deberes de instrucción 97
8. Prohibiciones de valoración 98

II. Métodos de interrogación prohibidos 100

1. La estructura fundamental del § 136a 100
2. Grupos de casos 100
3. El alcance de la prohibición 102
4. «Interrogatorios» privados 103
5. Prohibición de valoración 103

III. Los derechos del imputado 107

1. El derecho a ser oído 107
2. El derecho de defensa 108
3. Requerimientos de prueba 108
4. El derecho a formular preguntas 109
5. El derecho a guardar silencio 109
6. El derecho a estar presente 109

Sinopsis 4: Derecho a estar presente 110

IV. Los deberes del imputado 111

1. El deber de comparecer 111
2. El deber de tolerancia 111

Casos y preguntas 111

Comentarios desde la perspectiva española 112

I. El concepto, interrogatorio, instrucción 112
II. Métodos de interrogación prohibidos 113
III. Los derechos del imputado 114
IV. Los deberes del imputado 116

Capítulo 10. Injerencias y medidas de coerción 117

I. Investigaciones libres 117

1. El principio de la libre configuración del procedimiento de investigación 117
2. Medidas por debajo del umbral de la injerencia 117

II. Panorama sobre las medidas de coerción 119

Sinopsis 5a: Injerencias en derechos fundamentales del imputado . . 120
Sinopsis 5b: Injerencias en derechos fundamentales de terceros . . . 121

III. La prisión preventiva 121

1. Fin 122

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

2. Tipos 122
3. Presupuestos 122
4. Procedimiento 125
5. La ejecución de la prisión preventiva 127
6. Remedios jurídicos 128
7. La orden de detención europea 129

IV. Otras injerencias en derechos fundamentales 130

1. Internación para observación, § 81 130
2. Examen corporal del imputado, § 81a 130
3. Tratamiento para los fines de la identificación policial, § 81b . . 131
4. Inspección de otras personas, § 81c 132
5. ADN: análisis, comprobación de la identidad, §§ 81e-h . . . 133
6. Aseguramiento, incautación, § 94 134
7. Análisis computarizado de datos, § 98a 137
8. Vigilancia de las telecomunicaciones, §§ 100a y b, y otras medidas técnicas de vigilancia 138
9. Registro a través de internet 144
10. Empleo de medios técnicos y vigilancia de establecimientos privados, §§ 100c ss. 145
11. Registro, §§ 102 ss. 148
12. Agentes encubiertos, §§ 110a ss. 152
13. Puestos de control, § 111 154
14. Detención provisional, §§ 127 ss. 155
15. Búsqueda, § 131 157
16. Comprobación de la identidad, §§ 163b y c 157
17. Búsqueda por red informática, § 163d 157
18. Observación policial, § 163e 158
19. Observación prolongada, § 163f 158

V. Protección jurídica en el procedimiento de investigación 158

1. Panorama general 159

Sinopsis 6: Protección jurídica en el procedimiento de investigación 159

2. Protección jurídica contra injerencias inminentes o permanentes 159
3. Protección jurídica contra medidas cumplidas (ejecutadas) . . . 160
4. Casos especiales 161

Casos y preguntas 161

Comentarios desde la perspectiva española 163

I. Principios que rigen la investigación criminal 163
II. Panorama sobre las medidas de coerción 164
III. Las medidas cautelares 164

1. La detención 165
2. La prisión provisional 165
3. La libertad provisional 166
4. Las medidas cautelares patrimoniales 166

IV. Los actos de investigación 166

1. La determinación del delito y sus circunstancias 166
2. Actos de investigación no garantizados 167
3. Actos de investigación garantizados 169
4. Otras técnicas de investigación 173

V. Protección jurídica en el procedimiento de investigación 174

Capítulo 11. El defensor 175

I. El rol del defensor 175
II. Derechos del defensor 176

1. Derecho a estar presente 176
2. Investigaciones propias 177
3. Derecho a requerir prueba 177
4. Manifestaciones 177
5. Derecho a examinar las actuaciones, § 147 178
6. Derecho al contacto (comunicación libre) con el imputado, § 148 182

III. Deberes del defensor 182

1. Deber de actuar a favor del imputado 182
2. Deber de guardar silencio 183
3. Deber de decir la verdad 183

IV. Posición jurídica del defensor 184

1. Órgano de la Administración de Justicia 184
2. Opiniones minoritarias 185
3. Teoría del órgano limitada 185

V. Límites de la defensa 185
VI. Defensa necesaria– defensor de oficio 186

1. Presupuestos 186
2. Nombramiento 188
3. Elección 189
4. Cancelación del nombramiento 190
5. El defensor de elección junto con el defensor de oficio 191

VII. Prohibición de defensa múltiple, § 146 191

1. Identidad fáctica (1.ª oración) 191
2. Identidad de procedimiento (2.ª oración) 192
3. Defensa múltiple sucesiva 192

4. Consecuencias jurídicas en el caso de una defensa múltiple prohibida 192
VIII. Injerencias en la libertad de profesión del defensor 192
1. La exclusión del defensor, §§ 138a ss. 192
2. Sospecha de lavado de dinero 193
Casos y preguntas 194

Comentarios desde la perspectiva española 195

I. El rol del defensor 195
II. Derechos y deberes del defensor 196
III. Defensa necesaria, defensa de oficio y asistencia jurídica gratuita 197

Capítulo 12. Decreto de clausura de la Fiscalía 199

I. Panorama general 199
Sinopsis 7: Decreto de clausura de la Fiscalía 200
II. El sobreseimiento de conformidad con el § 170, inc. 2.º 201
1. Presupuestos 201
2. Sujeción de la Fiscalía a la jurisprudencia 201
3. Notificación al imputado 202
4. Cosa juzgada 202
5. Comunicación al requirente, § 171 202
III. Procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública, §§ 172 ss. 202
1. Fin y ámbito de aplicación 202
2. El procedimiento 203
3. El ofendido 204
IV. El sobreseimiento según el §§ 153 ss. 205
1. El principio de oportunidad 205
2. §153 206
3. § 153a 208
4. §§ 154, 154a 209
5. Testigos de la corona 211
V. La acusación 212
1. Clases 212
2. Contenido 212
3. Función 212
4. Destinatario 213
Casos y preguntas 214

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Comentarios desde la perspectiva española 214

I. Panorama general 214
II. Sobreseimiento libre 215
III. Sobreseimiento provisional 215
IV. La acusación 216

Capítulo 13. El hecho 217

I. El concepto de hecho: fundamentos 217
1. Hecho y hecho penal 217
2. Definición 218

II. La función del concepto de hecho 218

1. Objeto procesal 218
2. El poder de juzgar del tribunal 219
3. La modificación de la acusación penal y el deber de advertencia 219
4. Acusación suplementaria, § 266 221

III. Unión, separación 221
IV. Cosa juzgada 222
V. El concepto de hecho: tipología y casos problemáticos 222

1. Hecho y unidad de hecho (concurso ideal) 223
2. Hecho y pluralidad de hechos (concurso real) 223
3. Suceso fáctico y dirección de la agresión 224
4. Formas de comisión alternativas 225

Casos y preguntas 226

Comentarios desde la perspectiva española 226

I. El concepto de hecho: fundamentos 226
II. La función del concepto de hecho 227
III. Unión y separación 228
IV. Objeto del proceso civil acumulado 228

Capítulo 14. Los presupuestos procesales 229

I. La función 229
II. El concepto 229

1. Definición 229
2. Terminología 230
3. Estructura 230

III. Los presupuestos procesales en el sistema de derecho penal y derecho procesal penal 230

1. La ubicación sistemática 230

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Sinopsis 8: Ubicación sistemática en el derecho penal material y en el derecho procesal penal 231

2. Comprobación de oficio 231
3. Comprobación en el procedimiento de prueba libre 232
4. *In dubio pro reo* 232

IV. El catálogo de presupuestos procesales / impedimentos procesales 232

1. Jurisdicción 233
2. Competencia 233
3. Inmunidad 233
4. Edad de la responsabilidad penal 233
5. Muerte del imputado 234
6. Incapacidad para estar en juicio 234
7. Prescripción 234
8. Clausura del proceso 234
9. Instancia de persecución penal 235
10. Decisión con carácter de cosa juzgada 235
11. Litispendencia 235
12. Acusación 235
13. Auto de apertura 236

V. Presupuestos procesales, defectos procesales y derecho constitucional 237

1. Duración excesiva del proceso 237
2. Provocación del hecho (*agent provocateur*) 239
3. Principio de proporcionalidad 240
4. Principio del Estado de derecho y proceso leal 240

Casos y preguntas 241

Comentarios desde la perspectiva española 241

I. Declinatoria de jurisdicción 242
II. Cosa juzgada 243
III. Prescripción del delito 243
IV. Amnistía e indulto 243
V. Falta de autorización para procesar a un funcionario 244
VI. Capacidad 244

Capítulo 15. Los actos procesales 245

I. El concepto 245
II. Presupuestos 246
III. Defectos 246

1. Error 246
2. Amenaza, coacción 247
3. Acuerdos inadmisibles 247

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

IV. Consecuencias jurídicas 247
1. Ineficacia 247
2. Nulidad 248
V. Abuso y pérdida del derecho 249
VI. Revocación 249
1. Sentencias y autos 249
2. Decisiones y manifestaciones de importancia para el proceso . . 249
3. Manifestaciones procesales simples 250
VII. Formas 250
VIII. Plazos y términos 251
1. Términos 251
2. Plazos 251
3. Plazos de exclusión 251
IX. Reposición al estado anterior, §§ 44 ss. 252
1. Medio de impugnación 252
2. Plazos 252
3. Inobservancia del plazo 252
4. Culpa 252
5. Solicitud de reposición 253
6. Consecuencia jurídica 254
X. Excurso: Los §§ 23 ss. EGGVG 254
Casos y preguntas 255

Comentarios desde la perspectiva española 255
I. Concepto 255
II. Requisitos comunes a todos los actos procesales 255
1. Defectos en relación con la voluntad 256
2. Forma 256
3. Tiempo: plazos y términos 257

Capítulo 16. El procedimiento intermedio 259
I. El significado 259
II. La competencia 260
1. Competencia material 260
2. Competencia territorial 260
III. Procedimiento 260
1. Comunicación del escrito de acusación, requerimiento de prueba 260
2. Defensor de oficio 261
3. Las decisiones posibles del tribunal 261

ISBN: 978-84-18432-78-1

DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

IV. El auto de apertura, §§ 203, 207 261
1. Presupuestos, § 203 261
2. Contenido 262
3. Firmeza 263
4. Decisiones posteriores 263
5. El auto de apertura como presupuesto procesal 263
V. El auto que rechaza la apertura del juicio, § 204 263
1. Presupuestos 263
2. Contenido 264
3. Impugnación 264
4. Cosa juzgada 264
VI. El sobreseimiento provisional del proceso, § 205 264
VII. El sobreseimiento del proceso de conformidad con los §§ 153 ss. 265
Casos y preguntas 265

Comentarios desde la perspectiva española 266

Capítulo 17. El procedimiento principal (panorama general) 269

I. La preparación del juicio oral 269
1. Fijación del término, § 213 269
2. Citaciones, § 214; requerimientos de prueba, § 219; y citación directa, § 220 270
3. Notificación del auto de apertura 270
4. La comunicación de la integración del tribunal, § 222a . . . 271
5. Interrogatorios por comisión, §§ 223, 224 271
6. Inspección ocular, § 225 272
II. El juicio oral 273
1. Desarrollo externo 273
2. El acta de la audiencia 275
Casos y preguntas 277

Comentarios desde la perspectiva española 277

Capítulo 18. Las máximas procesales 281

I. Principio de oficialidad 281
1. Delitos dependientes de instancia privada 281
2. Delitos sujetos a antejuicio o a una autorización especial para la persecución 282
3. Delitos de acción privada 282
II. Principio acusatorio 282

III. Principio de legalidad 283
IV. Principio de oportunidad 283
V. Mandato del proceso leal 284

1. Derecho alemán 284
2. Derecho europeo 285

VI. Mandato de celeridad 285

1. Duración del proceso 285
2. La máxima de concentración 286

VII. Principio de investigación 286
VIII. Principio de la libre valoración de la prueba 287
IX. Principio *in dubio pro reo* 288

1. Función 288
2. Ámbito de aplicación 289

X. Principio de oralidad 290
XI. Principio de inmediación 291
XII. Principio de publicidad 291

1. Función del principio 291
2. Concepto de «publicidad» 292
3. Ampliación de la publicidad 292
4. Limitaciones a la publicidad 293
5. La exclusión (total) de la publicidad 294
6. Cine, radio y televisión 294

Casos y preguntas 295

Comentarios desde la perspectiva española 296

Capítulo 19. El tribunal en el juicio oral 299

I. El principio del juez establecido por la ley 299
II. Exclusión y recusación 299

1. La exclusión 300

Sinopsis 9: Exclusión (§§ 22, 23) 300

2. Recusación, § 24 301
3. El procedimiento 304

III. La dirección del juicio oral, § 238 306

1. Disposiciones del presidente, § 238, inc. 1.º 306
2. Derecho a impugnar, § 238, inc. 2.º 306

Casos y preguntas 308

Comentarios desde la perspectiva española 308

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Capítulo 20. Los intervinientes en el proceso 311

I. Derecho y deber de estar presente 311
1. Intervinientes principales 311
2. Intervinientes accesorios 314

II. Derecho a preguntar 315

1. Derecho a preguntar en forma directa 315
2. El rechazo de las preguntas, § 241, inc. 2.º 315
3. Privación del derecho a preguntar 316
4. Recursos 316

Casos y preguntas 316

Comentarios desde la perspectiva española 317

I. El investigado 317
II. La Fiscalía 318
III. Acusación popular, particular y privada 319
IV. Responsable civil en el proceso penal 319
V. La víctima 319

Capítulo 21. Medios de prueba 321

I. Los testigos, §§ 48 ss., 85 321

1. Roles procesales 321
2. Deberes 323
3. Derechos del testigo de abstenerse de prestar testimonio, §§ 52 ss. 325
4. El derecho de abstenerse de responder preguntas, § 55 328
5. Protección del testigo 329
6. Interrogatorio del testigo 330
7. Intervinientes procesales en el rol de testigos 331
8. El testigo-perito, § 85 334

II. El perito 334

1. El rol del perito y sus tareas 334
2. Elección y nombramiento 335
3. Hechos vinculados, adicionales y hallazgos 336
4. Deberes del perito 337

III. Inspección ocular 338

1. Concepto 338
2. Objetos 338
3. Juez y asistentes en la inspección ocular 339

IV. Prueba documental 340

1. El concepto de documento 340

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

2. Las formas de la prueba documental 340
3. La necesidad de la prueba documental 341

Casos y preguntas 341

Comentarios desde la perspectiva española 342

I. La declaración del acusado 342
II. Los testigos 342
III. El perito 343
IV. Inspección ocular 343
V. Prueba documental 343

Capítulo 22. Conceptos fundamentales del derecho probatorio 345

Comentarios desde la perspectiva española 346

I. Concepto de prueba 346
II. La presunción de inocencia 347
III. El principio *in dubio pro reo* 347
IV. La valoración libre de la prueba 348

Capítulo 23. La producción de la prueba y el procedimiento probatorio 349

I. Hechos 349

1. Hechos principales, indicios, hechos auxiliares 349
2. Reglas de la experiencia 351

II. Procedimiento probatorio 351

1. Prueba estricta 351
2. Prueba libre 352

III. Necesidad de la prueba 353

Casos y preguntas 354

Comentarios desde la perspectiva española 354

Capítulo 24. El deber de esclarecimiento, § 244, inc. 2.º 357

I. Objetivo 357
II. Alcance 357
III. Destinatario 358
IV. Contenido 358

Comentarios desde la perspectiva española 359

Capítulo 25. El derecho a requerir prueba 361

I. Fundamentos 361
II. Concepto 361

1. Requerimientos de prueba, requerimientos de investigación de prueba y propuestas de prueba 361
2. Requerimiento de prueba eventual y requerimiento de prueba auxiliar 363

III. Forma y momento 364
IV. Rechazo de los requerimientos de prueba 365

1. Panorama 365
2. Las causales de rechazo, § 244, inc. 3.º 366
3. El rechazo de conformidad con el § 244, inc. 4.º (peritos) . . . 369
4. Inspección ocular, testigos que se encuentran en el extranjero y lectura de documentos originales, § 244, inc. 5.º 370
5. Medios de prueba presentes, § 245 371
6. El auto que rechaza el requerimiento, § 244, inc. 6.º 372

Casos y preguntas 373

Comentarios desde la perspectiva española 373

Capítulo 26. La oralidad de la recepción de la prueba 375

I. Lectura de documentos 375
II. La interpelación libre de formalidades 376
III. Interrogatorio audiovisual 376

1. La grabación simultánea, § 58a 377
2. El video interrogatorio simultáneo a través del juez de investigación, § 168e, §§ 58b, 168e 377
3. El interrogatorio por vídeo y su grabación en el juicio oral, § 247a 378
4. Valoración de las grabaciones 378

Casos y preguntas 379

Comentarios desde la perspectiva española 379

I. La oralidad como exigencia constitucional 379
II. La oralidad como regla general y excepciones 379
III. Videoconferencia 381

Capítulo 27. La inmediación de la recepción de la prueba 383

I. Reglas fundamentales 383
II. La prueba documental junto con la prueba personal 383
III. Lectura de las actas, §§ 251 ss. 384

1. Lectura en ausencia, § 251 384
2. Lectura tras la abstención de prestar testimonio, § 252 386
3. Lectura para eliminar lagunas en la memoria y contradicciones, § 253 391

4. Lectura y presentación de las confesiones, § 254 391
5. Lectura de dictámenes y aclaraciones de autoridades públicas o médicos, § 256 393
6. Proyección de videos, § 255a 394

IV. Testigo de oídas 395
V. Investigaciones encubiertas 395

1. El aspecto penal 396
2. Personas de confianza, informantes, funcionarios que investigan de forma oculta y agentes encubiertos 396
3. El bloqueo o impedimento del testigo 397
4. La teoría de los niveles 398
5. El control judicial de la declaración de bloqueo o impedimento 400

Casos y preguntas 400

Comentarios desde la perspectiva española 401

I. Reglas fundamentales 401
II. Lectura de actuaciones realizadas en fase de investigación . . . 402
III. El valor complejo del atestado policial 403
IV. El testigo de referencia 404

Capítulo 28. Prohibiciones probatorias 405

I. Concepto 405
1. Prohibiciones de recolección probatoria 405
2. Prohibiciones de valoración probatoria 406

II. La función de las prohibiciones probatorias 407
III. La construcción de las prohibiciones probatorias 408

1. Teoría del ámbito de derechos 408
2. La teoría del fin de protección de la norma 409
3. La teoría de la ponderación 409
4. La teoría del derecho de dominio sobre la información 410
5. Resumen 411
6. El curso de investigación hipotético 411

IV. Casos particulares: prohibiciones de valoración probatoria dependientes 412

1. Declaración testimonial sin instrucción conforme al § 52, inc. 3.° 412
2. La persona de confianza (§ 53) viola el secreto profesional (§ 203 StGB) 412
3. Declaraciones testimoniales sin autorización, § 54 413
4. Declaración testimonial sin instrucción conforme al § 55, inc. 2.° 413

5. Infracción de una prohibición de incautación, § 97 414
6. Denegación del testimonio en el juicio oral, § 252 414
7. Instrucción irregular del imputado 414
8. Medios de interrogación prohibidos, § 136a, inc. 3.° 415
9. El imputado en la «trampa acústica» 416
10. Frustración del derecho del imputado a estar presente, §§ 168c, inc. 2.° y 168d, inc. 1.° 416
11. Inspección corporal, § 81a 416
12. Vigilancia de las telecomunicaciones (§§ 100a, d) y registro (§§ 102 ss.) 417
13. Investigaciones encubiertas 417
14. Investigaciones privadas 419

V. Casos particulares: prohibiciones de valoración probatoria independientes 420

1. Diarios íntimos y conversaciones 421
2. Cintas, fotos, videos 422
3. El silencio del imputado 423

VI. Efecto extensivo de las prohibiciones probatorias (*fruit of the poisonous tree*) 423

Casos y preguntas 424

Comentarios desde la perspectiva española 425

I. Fundamento constitucional de las prohibiciones probatorias . . 425
II. Proclamación constitucional de la regla de exclusión y su efecto reflejo 427

1. La regla de exclusión 427
2. El efecto reflejo: Los frutos del árbol emponzoñado 427

III. Las excepciones a la regla de exclusión 428

1. La excepción de la prueba jurídicamente independiente . . . 428
2. La excepción del descubrimiento inevitable 429
3. La excepción del hallazgo casual 430
4. La conexión de antijuridicidad 430
5. La excepción de buena fe 432

IV. La prueba obtenida por particulares 432

Capítulo 29. Libre valoración de la prueba 435

I. Concepto y límites 435

1. Convicción y probabilidad 435
2. Libertad y obligatoriedad 435
3. Valoración omnicomprensiva de la prueba 437
4. Convicción y conocimientos de las ciencias naturales 437

II. Excepciones 438

1. Reglas de prueba 438
2. Prohibiciones probatorias 438
3. El silencio del imputado 438
4. La denegación del testimonio 439

Casos y preguntas 440

Comentarios desde la perspectiva española 440

Capítulo 30. La sentencia concertada – acuerdo en el proceso penal 443

I. Rasgos principales 443
II. La regulación legal 445
III. Otros aspectos 446

Casos y preguntas 448

Comentarios desde la perspectiva española 448

I. Modalidades 449

1. Reconocimiento de hechos en el proceso abreviado 449
2. Conformidad con el escrito de acusación 449
3. Conformidad en el acto del juicio oral 450

II. Recurribilidad 451

Capítulo 31. La sentencia 453

I. Conceptos 453
II. La sentencia procesal 453

1. Momento de la decisión 453
2. Concurso 454

III. La sentencia de fondo 454

1. La regla general: condena o absolución 454
2. La excepción: absolución parcial 455

IV. Deliberación y votación 455
V. El pronunciamiento de la sentencia 456
VI. Contenido y estructura de la sentencia 456

1. Encabezamiento de la sentencia 456
2. Parte dispositiva (veredicto, tenor) 456
3. Lista de parágrafos 456
4. Fundamentos de la sentencia 457

Sinopsis 10: Estructura de los fundamentos de la sentencia 457

5. Firma 458

Casos y preguntas 458

Comentarios desde la perspectiva española 458

I. Requisitos de la sentencia 459

1. La motivación de la sentencia 459
2. Exhaustividad 459
3. Congruencia 460

II. El contenido de la sentencia y la vinculación del tribunal 460

Capítulo 32. Cosa juzgada 461

I. Cosa juzgada formal 461

1. Sentencias 461
2. Autos 462

II. Cosa juzgada material (sentencias) 462

1. Función de la cosa juzgada 462
2. Alcance de la cosa juzgada 462
3. «Acción complementaria» 463
4. La «esencia» de la cosa juzgada 463
5. La pérdida de la cosa juzgada 463
6. Competencia en las cuestiones prejudiciales 463
7. Validez internacional 464

III. Cosa juzgada material (autos) 465

Casos y preguntas 465

Comentarios desde la perspectiva española 465

I. Concepto 465
II. Resoluciones susceptibles de cosa juzgada 466
III. Límites de la cosa juzgada 466
IV. La impugnación de la cosa juzgada 466

1. El juicio de revisión 467
2. El «recurso» de anulación 467

Capítulo 33. Clases especiales de procedimiento 469

I. Procedimiento por mandato penal, §§ 407 ss. 469

1. Significado 469
2. Ámbito de aplicación 469
3. El procedimiento 469
4. La objeción contra el mandato penal 471
5. El juicio oral luego de la objeción 471
6. La cosa juzgada del mandato penal 472

II. El procedimiento acelerado, §§ 417-420 472
1. Presupuestos y desarrollo del procedimiento 472
2. Crítica 473
III. Procedimiento de seguridad, §§ 413-416 473
IV. Procedimiento contra ausentes, §§ 276-295 474
Casos y preguntas 474
Comentarios desde la perspectiva española 475
I. Clases de procesos 475
II. El proceso especial ante el Tribunal del Jurado 476
1. El modelo de jurado de España 476
2. Competencia del Tribunal del Jurado 477
3. Tramitación procedimental 478
4. El veredicto del jurado 480
5. La sentencia 482
III. El proceso por aceptación de decreto 483
1. Naturaleza 483
2. Ámbito de aplicación 483
3. La propuesta de decreto como elemento fundamental 484
4. Tramitación procedimental 484
IV. El juicio rápido 485
1. Naturaleza 485
2. Ámbito de aplicación 485
3. Notas definitorias 486
4. Tramitación procedimental 486
V. El proceso por delitos leves 488
1. Aplicación del principio de oportunidad 489
2. Procedimiento inmediato por delitos leves 490
3. Procedimiento común o general 490
VI. La posibilidad de juzgar en ausencia 490
VII. El procedimiento por delitos perseguidos por la Fiscalía Europea 491
Capítulo 34. Recursos: reglas generales 493
I. Medios de impugnación y recursos 493
1. Conceptos y clasificaciones 493
Sinopsis 11: Medios de impugnación 493
2. La función de los recursos 494

II. Admisibilidad 494
1. Procedencia 494
2. Legitimación activa 495
3. El agravio 496
4. Forma y plazo 497
III. Impugnación y cosa juzgada parciales 497
1. Varios hechos 498
2. Un hecho 498
IV. Prohibición de *reformatio in peius* 499
V. Renuncia y desistimiento 500
Casos y preguntas 501
Comentarios desde la perspectiva española 501
I. Medios de impugnación y recursos 501
1. Concepto y clasificaciones 501
2. Cuestiones generales sobre los recursos 503
3. Breve consideración sobre el derecho a los recursos 503
II. El recurso de reposición 504
III. El recurso de reforma 504
IV. El recurso de súplica 504
V. El recurso de revisión 505
Capítulo 35. Apelación 507
I. Admisibilidad 507
1. Procedencia 507
2. Forma y plazo 507
3. Apelación y restitución al estado anterior 507
4. Fundamentación 507
5. Recurso indeterminado 508
6. Admisión del recurso 508
7. Consecuencias jurídicas 509
II. La marcha del procedimiento 509
1. *Iudex a quo* 509
2. Admisibilidad 509
3. Preparación de la vista oral, § 323 509
4. Impedimentos procesales 509
5. La vista oral 510
6. «Sentencia en contumacia», § 329 510
7. Revocación y reenvío 511

III. La sentencia sobre el fondo del tribunal de apelaciones 511
1. Apelación infundada 511
2. Apelación fundada 511
Casos y preguntas 512
Comentarios desde la perspectiva española 512
I. Resoluciones recurribles 512
1. Apelación contra resoluciones interlocutorias 512
2. Apelación contra resoluciones definitivas (autos) 513
3. La apelación de sentencias 513
Capítulo 36. Casación 517
I. Fundamentos 517
1. Principio general 517
2. Los fines 517
3. La casación «ampliada» 518
II. Motivos de casación 519
1. Violación de la ley 519
2. Nexo de afectación 522
Sinopsis 12: Motivos de casación absolutos, § 338 522
3. Casación sustantiva 523
4. Casación procesal 524
III. Admisibilidad 526
1. Procedencia, §§ 333 y 335 526
2. Forma y plazo de la interposición, § 341 526
3. Requerimientos de casación, § 344, inc. 1.° 527
4. Fundamentación, § 344 527
5. Escrito de fundamentación, § 345 527
IV. Procedimiento y decisiones 527
1. Examen previo por el tribunal de los hechos, § 346 527
2. Resoluciones interlocutorias del tribunal de casación, § 349 528
3. La vista principal, §§ 350 y 351 529
4. Casación infundada 529
5. Casación fundada, §§ 353 y 354 530
6. Violación del derecho a ser oído conforme a la ley, § 356a 533
7. Extensión de la casación a los coacusados, § 357 533
Casos y preguntas 534
Comentarios desde la perspectiva española 534
I. Consideraciones generales y finalidad 534

II. Legitimación 534
III. Resoluciones recurribles 535
1. Por infracción de ley y por quebrantamiento de forma 535
2. Por infracción de ley 535
3. Recurso de casación para unificación de doctrina 535
IV. Motivos de casación 536
1. Casación por infracción de ley 536
2. Casación por quebrantamiento de forma 536
3. Casación por infracción de precepto constitucional 537
4. Casación para la unificación de doctrina 537
V. Tramitación 538
1. Preparación del recurso 538
2. Interposición del recurso 538
3. Sustanciación del recurso 538
4. Resolución del recurso 538

Capítulo 37. La queja 541
I. Panorama general 541
II. La queja (simple), § 304 541
1. Procedencia 541
2. Legitimación para la queja 542
3. Exclusión de la queja 542
4. Tribunal competente 543
5. Agravio: preclusión procesal 543
6. Decisiones 543
III. La queja inmediata, § 311 544
IV. La queja ulterior, § 310 544
Casos y preguntas 544

Comentarios desde la perspectiva española 544
I. Recurso de queja sustitutivo de la apelación 545
II. Recurso de queja por inadmisión de recurso de apelación y casación 545

Capítulo 38. Revisión 547
I. Fundamentos 547
1. Conflicto entre fines 547
2. Ámbito de aplicación, §§ 359 ss. 547
3. Motivos 547
4. Agravio 548
5. Rasgos principales del procedimiento 548

II. Revisión a favor del condenado, § 359 548

1. Motivos: Núms. 1-4 y 6 548

Sinopsis 13: Motivos de revisión, § 359 548

2. Nuevos hechos o medios de prueba, núm. 5 549

III. Revisión en perjuicio del acusado, § 362 549
IV. Procedimiento: Admisibilidad, §§ 363-368 550
V. Procedimiento: La fundamentación, §§ 369 ss. 551
VI. El nuevo juicio oral, § 373 552
VII. Indemnización 552

Casos y preguntas 552

Comentarios desde la perspectiva española 553

I. Supuestos en que procede 553
II. Motivos 553
III. Competencia 555
IV. Legitimación 555
V. Tramitación del recurso 555
VI. La resolución del recurso 555

Capítulo 39. Intervención del ofendido en el proceso penal 557

I. Panorama general 557
II Acción penal privada, §§ 374 ss. 557

1. Importancia 557
2. Ámbito de aplicación 558
3. Acusador privado – Fiscalía 559
4. Procedimiento 559
5. Finalización del proceso 559
6. Recursos 560

III. Acción penal adhesiva, §§ 395 ss. 560

1. Intereses en juego 560
2. Facultad de adherir 561
3. Adhesión 561
4. Derechos del acusador adhesivo 562
5. Recursos 562

IV. Acción civil, §§ 403 ss. 564

1. Importancia 564
2. Admisibilidad 564
3. Procedimiento 565
4. Decisión 566
5. Recursos, § 406a 566

V. Otras facultades del ofendido, §§ 406d ss. 567
1. Derechos de participación 567
2. Derecho a examinar las actuaciones, § 406e 568
VI. Indemnización 569
1. Víctimas de hechos violentos 569
2. Resarcimiento de daños 569
3. «Ayuda en la recuperación» 569
4. Ley sobre el Aseguramiento de la Pretensión de la Víctima . . 570
Casos y preguntas 570

Comentarios desde la perspectiva española 570
I. La acusación particular 571
II. La acusación privada 572
III. El actor civil 572
IV. La posición de la víctima en el proceso penal español 572
V. Indemnización a la víctima del delito 573

Capítulo 40. Las costas del proceso 575
I. Concepto 575
II. Cuantificación 575
III. El obligado a cargar con las costas 576
IV. Costas y gastos en los recursos 576
Casos y preguntas 577

Comentarios desde la perspectiva española 577

Indicaciones para la solución de casos y preguntas 579

Bibliografía alemana 631

Bibliografía española 635

Nota de los autores 637

ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS

ABl.	*Amtsblatt der EG* [Boletín oficial de la Unión Europea]
AG	Amtsgericht [Tribunal Municipal]
AN	Audiencia Nacional (España)
AP	Audiencia Provincial (España)
AO	Abgabeordnung [Ordenanza tributaria]
ap.	apartado
art.	artículo
AWG	Außenwirtschaftsgesetz [Ley de comercio exterior]
BayAGGVG	Gesetz zur Ausführung des Gerichtsverfassungsgesetzes und von Verfahrensgesetzen des Bundes in Bayern [Ley para la ejecución de la ley de organización judicial y las leyes de procedimiento de la Federación en Baviera]
BayGerOrgG	Gesetz über die Organisation der ordentlichen Gerichte im Freistaat Bayern [Ley sobre la organización de los tribunales ordinarios en el Estado libre de Baviera]
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht [Tribunal Superior Estadual de Baviera]
BayPAG	Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei [Ley sobre las tareas y competencias de la Policía del Estado de Baviera]
BayPOG	Gesetz über die Organisation der Bayerischen Staatlichen Polizei [Ley sobre organización de la Policía Estadual de Baviera]
BBG	Bundesbeamtengesetz [Ley de funcionarios federales]
BeamtStG	Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern [Ley para la regulación del estatuto de los funcionarios estaduales]
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch [Código Civil]
BGBl.	*Bundesgesetzblatt* [Boletín Oficial Federal]
BGH	Bundesgerichtshof [Tribunal Supremo Federal]
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen [Sentencias del Tribunal Supremo Federal en materia penal]
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen [Sentencias del Tribunal Supremo Federal en materia civil]
BKA	Bundeskriminalamt [Oficina Criminal Federal]
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung [Ordenanza Federal de los Abogados]
BR-Drs.	*Drucksache des Bundesrates* [Boletín parlamentario, Consejo Federal]
BT-Drs.	*Drucksache des Bundestages* [Boletín parlamentario, Dieta Federal]
BtMG	Betäubungsmittelgesetz [Ley de estupefacientes]
BVerfG	Bundesverfassungsgericht [Tribunal Constitucional Federal]
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts –amtliche Sammlung– [Sentencias del Tribunal Constitucional Federal, colección oficial]
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht [Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal]

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

BVerwG	Bundesverwaltungsgericht [Tribunal Administrativo Federal]
BZRG	Bundeszentralregistergesetz [Ley sobre el registro central federal]
CE	Constitución española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
cf.	confrontar
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial (España)
CP	Código Penal español
CPI	Corte Penal Internacional
CR	*Computer und Recht Zeitschrift* [revista Alemania]
CVRC	Convención de Viena sobre Relaciones Consulares
DAR	*Deutsches Autorecht* [revista Alemania]
DNA-IFG	DNA-Identitätsfestellungsgesetz [Ley sobre determinación de la identidad-ADN]
DRiG	Deutsches Richtergesetz [Ley alemana de la judicatura]
DVBl.	*Deutsches Verwaltungsblatt* [Boletín alemán de la Administración]
ed.	edición / editorial
EG	Einführungsgesetz [Ley de introducción]
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz [Ley de introducción a la Ley de organización judicial]
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch [Ley de introducción al Código Penal]
ej.	ejemplo
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (España)
Est.Vict.	Estatuto de la víctima del delito (España)
etc.	etcétera
EuGH	Europäischer Gerichtshof [Tribunal de Justicia de la Unión Europea]
EuGRZ	*Europäische Grundrechte-Zeitschrift* [revista Alemania]
EuRHÜbK	Europäischer Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen [Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal]
Eurojust	Agencia Europea para la cooperación judicial en material penal
FS	Festschrift [Libro homenaje]
G 10	Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses [Ley sobre la restricción del secreto del correo, la correspondencia y las telecomunicaciones]
G	Gesetz [Ley]
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht [revista Alemania]
GG	Grundgesetz [Ley fundamental alemana]
GKG	Gerichtskostengesetz [Ley de costas judiciales]
GmS-OBG	Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes [Sala Conjunta de los Tribunales Supremos de la Federación]
GrS	Großer Senat [Gran Senado]
GS	Gedächtnisschrift [Libro en memoria]
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz [Ley de organización judicial]
ibid.	*ibidem*
inc.	inciso
IRG	Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen [Ley sobre asistencia jurídica internacional en causas penales]
JA	*Juristische Arbeitsblätter* [revista Alemania]

JGG	Jugendgerichtsgesetz [Ley de tribunales de jóvenes]
JR	*Juristische Rundschau* [revista Alemania]
JI	Juzgado de instrucción (España)
JM	Juzgado de menores (España)
JP	Juzgado de lo penal (España)
JuMoG	Erstes Gesetz zur Modernisierung der Justiz (1. Justizmodernisierungsgesetz) [1.ª Ley sobre la modernización de la justicia]
Jura	Juristische Ausbildung [revista Alemania]
JuS	*Juristische Schulung* [revista Alemania]
JVP	Juzgado de vigilancia penitenciaria (España)
JVSM	Juzgado de violencia sobre la mujer (España)
JW	*Juristische Wochenschrift* [revista Alemania]
JZ	*Juristenzeitung* [revista Alemania]
KG	Kammergericht [Tribunal de Cámara, en referencia al Tribunal Superior Estadual de Berlín oeste]
KVGKG	Kostenverzeichnis [índice de costas]
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia (España)
Lec	Ley de Enjuciamiento Civil española
Lecrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal española
LG	Landgericht [Tribunal Estadual]
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial (España)
LOTJ	Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (España)
LH	Libro homenaje
MF	Ministerio Fiscal español
MOG	Gesetz zur Durchführung der Gemeinsamen Marktorganisationen [Ley para la ejecución de organizaciones comunes de mercado]
NJW	*Neue Juristische Wochenschrift* [revista Alemania]
nm.	número marginal
NStZ	*Neue Zeitschrift für Strafrecht* [revista Alemania]
NStZ-RR NStZ-	*Rechtsprechungs-Report Strafrecht* [*NStZ*, Jurisprudencia Penal]
OLG	Oberlandesgericht [Tribunal Superior Estadual]
OpfRRG, 1.	1. Opferrechtsreformgesetz [1.ª Ley de reforma de los derechos de las víctimas]
OpfRRG, 2.	2. Opferrechtsreformgesetz [2.ª Ley de reforma de los derechos de las víctimas]
OrgKG	Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität [Ley para la lucha contra el tráfico ilegal de estupefacientes y otras manifestaciones de la criminalidad organizada]
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten [Ley sobre contravenciones]
PostG	Postgesetz [Ley de correo]
RDA	República Democrática Alemana
RG	Reichsgericht [Tribunal del Imperio]
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen [Sentencias del Tribunal del Imperio en materia penal]
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren [Instrucciones para el procedimiento penal y para el procedimiento para la imposición de una multa]

RpflEntlG	Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege [Ley para la descongestión de la administración de justicia]
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz [Ley de honorarios profesionales de abogados]
s./ss.	siguiente/siguientes
SDÜ	Schengener Durchführungsabkommen [Convenio de aplicación Schengen]
SGB	Sozialgesetzbuch [Código social]
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional español
StGB	Strafgesetzbuch [Código Penal]
StPO	Strafprozessordnung [Ordenanza Procesal Penal]
StraFO	*Strafverteidigerforum* [revista Alemania]
StV	*Strafverteidiger* [revista Alemania]
StVÄG	Strafverfahrensänderungsgesetz [Ley para la modificación del procedimiento penal]
TC	Tribunal Constitucional español
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJ	Tribunal del Jurado español
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TKG	Telekommunikationsgesetz [Ley de telecomunicaciones]
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia
UE	Unión Europea
UVollzO	Untersuchungshaftvollzugsordnung [Ordenanza sobre la ejecución de la prisión preventiva]
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [Ley contra la competencia desleal]
UZwG	Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung offentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes [Ley sobre coerción directa en el ejercicio del poder público por los funcionarios federales a cargo de la ejecución]
v.	véase
VStGB	Völkerstrafgesetzbuch [Código Penal Internacional]
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung [Ordenanza de los tribunales administrativos]
ZollVG	Zollverwaltungsgesetz [Ley de administración de aduanas]
ZPO	Zivilprozessordnung [Ordenanza Procesal Civil]
ZRP	*Zeitschrift für Rechtspolitik* [revista Alemania]
ZSchG	Gesetz zum Schutz von Zeugen bei Vernehmungen in Strafverfahren und zur Verbesserung des Opferschutzes; Zeugenschutzgesetz [Ley de protección de los testigos]
ZStW	*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* [revista Alemania]
ZuSEG	Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen [Ley sobre indemnización para testigos y peritos]

Prólogo a la 1ª edición (alemana)

Tuve en vista a los estudiantes (y no he pasado por alto a los *Referendaren*), que comienzan a estudiar derecho procesal penal y quieren estar seguros de que al final, cuando hayan estudiado en profundidad este libro, aprobarán su examen. El objetivo del aprendizaje debe ser que pueda solucionarse la mayor cantidad de problemas con el mínimo de conocimiento posible. Los conocimientos adquiridos serán empleados con éxito si se llega a comprender cómo se trabaja, piensa y decide en un proceso penal. Por ello, el libro debe proporcionar ante todo la capacidad de pensar en forma procesal. Sobre esta base, el libro está orientado a la marcha del proceso. Cuando se escribe un libro sobre la StPO, uno debe elegir entre dos principios insatisfactorios. Si se sigue estrictamente el curso del proceso, las «instituciones» no pueden describirse en forma cerrada, pero si uno prefiere orientarse a estas instituciones, principios procesales, etc., hace trizas la marcha del proceso. Todo libro de estudios sobre la StPO implica compromisos. Aquí se pondrá el acento en la cronología del proceso. He trabajado con muchos casos y ejemplos e intentado que nada quede sin fundamentación. El libro sólo entra en tantos detalles como sean necesarios para dominar las estructuras y rasgos esenciales. Por otra parte, de esta forma se discuten muchas cuestiones que también serán de utilidad para los *Referendaren*. En el apéndice hay indicaciones para el análisis del texto de la ley, que también doy en mis cursos.

Según mi opinión, estas son las prioridades que debe tener el libro. Ahora, me referiré a las carencias, que seguramente tiene. Contiene muy pocas citas bibliográficas. Considero que un libro elemental no es el lugar apropiado para entrar en disputas científicas. Quien esté interesado en fundamentaciones adicionales o en otras opiniones podrá tomar las referencias correspondientes. Pido por favor que no sea entendido como un signo de arrogancia o ignorancia el hecho de que muchos autores siquiera hayan sido mencionados; sólo han sido mencionados aquellos autores con cuales he trabajado. He contemplado y asumido el riesgo de que se me pueda reprochar que he trabajado de forma «no científica». En comparación con la literatura científica, se han realizado numerosas referencias a la jurisprudencia y con relativa frecuencia, a comentarios. Posiblemente ello esté relacionado con mi inclinación a la práctica, pero en todo caso se procuró

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

que la opinión dominante se encuentre debidamente documentada. Cuando no la comparto, lo he puesto de relieve. En muy pocas ocasiones he manifestado mi simpatía por opiniones divergentes, porque en un libro de estudios pequeño su fundamentación hubiese tomado mucho espacio y, con ello, se habrían perdido las proporciones. En lo que respecta a las referencias a la jurisprudencia he evitado largas listas de citas y me he esforzado por mencionar el primer caso fundamental y la decisión relevante más reciente. Hubiese querido explayarme más sobre la casación y mostrar mediante casos cómo funciona este recurso y cómo puede ser usado con éxito. Si bien ello no habría sobre-exigido a los lectores, habría modificado en gran medida la extensión del libro.

KLAUS VOLK

Capítulo 1. El caso procesal penal

(1) **Caso 1**: J. S. observa con unos prismáticos, por sobre el patio, a un hombre que se comporta de manera extraña en la casa de enfrente. Al parecer, prepara intempestivamente un viaje, quizás incluso su mudanza. De repente, su esposa se pierde de vista, como si hubiera desaparecido. Entre las maletas hay una que es tan grande que podría alojarse un cadáver en ella. (…) A J. S. todo esto le resulta altamente sospechoso (tomado de Hitchcock, *La ventana indiscreta*). J. S. llama a la Policía.
¿*Debe* realizar algo la Policía? (v. *infra* § 8 nm. 6).[1]

¿*Puede* llevar a cabo un registro domiciliario? (v. *infra* § 10 nm. 54).

Caso 2: La novia de J. S. ingresa clandestinamente en la vivienda del vecino; allí, descubre el anillo de la esposa y lo guarda. ¿Puede interrogarse a la novia de J. S. como testigo en el proceso por asesinato contra el vecino? (v. *infra* § 21 nm. 3).

(2) Así lucen los casos del derecho procesal penal. Con ellos debe procederse de forma diferente a la de los casos del derecho penal (material). En el derecho material los casos son «estáticos»: las circunstancias se han establecido, el caso es una historia concluida y es «historia», es decir, se ubica en el pasado y puede enjuiciársela definitivamente. En el derecho procesal los casos son «dinámicos»: se encuentran aún en desarrollo, tienen un futuro y uno no se pregunta por la evaluación definitiva, sino que se debe decidir sobre el próximo paso. Recién al final del proceso hay un punto a partir del cual la perspectiva del derecho procesal es de nuevo similar a la del derecho material.

Caso 3: El vecino es condenado por asesinato. El tribunal ha empleado el anillo como medio de prueba en su contra. ¿Puede el vecino basar en ello un recurso de casación y tener éxito? (v. *infra* § 28 nm. 35).

1. Nota de los traductores: El símbolo § es usado tanto para las remisiones internas a capítulos del texto, como para la cita de artículos de la StPO (o de otros cuerpos legales, cuando así se indica). En los capítulos 1 a 40, esas remisiones pueden ser identificadas porque van regularmente acompañadas por las palabras supra o infra, o porque esa función es indicada por los autores; en el capítulo «Indicaciones para la solución de casos y preguntas», la oración final de cada respuesta contiene una remisión interna al lugar donde se encuentra la respectiva pregunta.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

El tribunal de casación trabaja tal como se acostumbra en la solución de casos penales (pero esto solo vale para el tribunal de casación). Él aplica el derecho a hechos fijados, que le vienen predefinidos, que ya no se modifican y que tampoco pueden ser alterados por el tribunal (en detalle, *infra* § 36 nm. 1).

(3) Los casos tomados como ejemplo muestran que en el derecho procesal penal no hay «problemas de estructura». Incluso quienes se aproximan a los exámenes con (demasiado) respeto por las cuestiones estructurales y se atienen a un esquema más o menos estricto pueden estar tranquilos: en el primer examen estatal, en los casos referidos a la StPO se formularán en todo caso solo preguntas puntuales (del tipo de los casos 1 y 2), para cuya respuesta nadie precisa un esquema. En los exámenes en los que se planteen cuestiones sobre el ámbito de los recursos (caso 3) existe un orden en el que ha de hacerse el análisis que es tan trivial que la denominación de esquema estructural resulta ya casi exagerada (se distingue, como también en otros supuestos del derecho procesal, entre admisibilidad y procedencia).

Comentarios desde la perspectiva española

En la asignatura de Derecho Procesal Penal, el alumno de la Universidad española se enfrentará sin duda al análisis de casos prácticos. En algunas ocasiones, estos estarán ya resueltos y vendrán en forma de sentencia; en otras, el caso será planteado como un puzle por resolver y será el mismo estudiante quien deberá ofrecer la solución, basándose en su intuición jurídica y en las lecciones en las que se habrá ido desdoblando el temario de la asignatura. La distinción entre derecho penal *material* y derecho *procesal* penal se pone de manifiesto en el planteamiento de estos casos, sin obviar la estrecha relación y la necesaria complementariedad que existe entre una y otra rama del conocimiento jurídico.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Capítulo 2. Derecho procesal penal y derecho penal material

(1) I. Estos dos ámbitos jurídicos limitan inmediatamente y sin fisuras el uno con el otro. Lo que no es derecho material, debe pertenecer al derecho procesal, y viceversa. II. Los dos ámbitos jurídicos se hallan reunidos bajo el rótulo «derecho penal». Más exactamente: ellos están relacionados funcionalmente y son mutuamente dependientes. No hay un derecho penal sin proceso.

Supongamos que el vecino del caso ilustrativo confiesa el asesinato a la policía. Podemos ahora aplicar mentalmente el derecho penal y decir de qué forma el vecino se ha «hecho pasible de pena». Esta aplicación del derecho sigue siendo hipotética y carente de consecuencias. Recién cuando un caso ha sido juzgado hasta el final y la decisión final ya no puede ser impugnada (o sea, se ha producido la cosa juzgada; en detalle, *infra* § 32 nm. 1 ss.), puede entonces considerarse un acontecimiento como «seguro» en el derecho procesal penal, y decirse que ha sido comprobada la «verdad». Antes de ello, solo hay incerteza y sospecha. Únicamente el condenado mediante sentencia firme es culpable; en todos los estadios procesales anteriores se le considera inocente.

(2) III. Tampoco es particularmente conveniente (aunque es común) hablar de una «pretensión penal» del Estado, que se realizaría o llevaría a cabo en el proceso.[2] El hecho no da lugar a una «pretensión penal». El autor no puede «satisfacerla» o interponer «excepciones». En otros ámbitos jurídicos, el derecho material surte efectos y funciona incluso sin proceso. Con base en el *pacta sunt servanda*, la mayoría de los contratos son cumplidos, e incluso en los casos conflictivos no se llega necesariamente a un proceso. En el derecho penal, por el contrario, el proceso es indispensable. El Estado se ha reservado para sí el monopolio de la justicia penal; por ello debe lograr que esta sea funcionalmente eficiente, y conceder al afectado una «garantía de acceso a la justicia».

---

2. *BVerfGE* 20, 45, 49.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

De nuevo, en contra de la prédica a favor de una «pretensión penal»: en el derecho civil, el deudor contra quien se dirige la acción es un poco culpable. En el derecho penal puede decirse que el autor ha actuado «culpablemente». Pero todavía no es «culpable» por ello frente al Estado. Y no lo es mientras no sea «declarado culpable». Además, en el proceso penal no interesa solamente la cuestión de la culpabilidad o de la inocencia.

Comentarios desde la perspectiva española

Al igual que sucede en Alemania, en España también se distingue entre el derecho penal material y el derecho procesal penal. Para comprender la correlación que existe entre uno y otro, debemos tomar como punto de partida el principio de legalidad en materia penal (art. 25.1 CE y art. 1 Lecrim), que establece cuatro garantías diferentes:[3] (1) La garantía criminal, según la cual solo puede existir un delito si una norma anterior así lo establece; (2) la garantía penal, que implica que únicamente podrán imponerse las penas previstas por la ley; (3) la garantía jurisdiccional, que significa que será necesario un proceso judicial para declarar que una conducta es delito e imponer la pena correspondiente; y (4) la garantía de ejecución, de acuerdo con la cual se ejecutarán las penas por los tribunales y conforme a la ley.

Partiendo de este principio, puede observarse que el derecho procesal penal tiene un carácter instrumental con relación al derecho penal material. El proceso es el instrumento que permite a los tribunales ejercer la potestad jurisdiccional que les ha sido conferida constitucionalmente y, a la vez, es un instrumento para los ciudadanos que buscan obtener una tutela judicial efectiva (arts. 24.1 y 117 CE). Por ello, el Estado debe garantizar el acceso a los tribunales, así como el derecho a tener una defensa letrada, el derecho a que el proceso se realice con todas las garantías y, en todo caso, el derecho a contar con la asistencia jurídica gratuita si esta fuera necesaria (arts. 24.2 y 119 CE).

La aplicación del derecho penal, por tanto, debe realizarse siempre por el Estado, no pudiendo hacerlo directamente los particulares. Así, únicamente el Estado puede determinar cuáles son las conductas que se consideran un hecho criminal y cuál será la pena por imponer. El Estado español asume en exclusiva el *ius puniendi*, que será al mismo tiempo una potestad y un deber que cumplir. El proceso se iniciará siempre que exista la *notitia criminis,* conforme a los principios de legalidad y de persecución oficial del delito.

Además, los ciudadanos pueden promover la actuación del derecho penal (incluso, llegando a ser partes procesales, como se explicará posteriormente (§ 6.VI), pero no tienen un derecho subjetivo a que se aplique una sanción al imputado ni a que se celebre un juicio oral; únicamente tienen un derecho de acceder a los tribunales para promover la acción penal y que se sustancie un

3. Montero Aroca, Juan et al. (2019, 33-35).

proceso que siga los cauces legales. Por su parte, el proceso penal, una vez iniciado, puede concluir con un auto de sobreseimiento (provisional o libre), o con una sentencia (absolutoria o condenatoria). En este contexto, el acusado gozará de la garantía de la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), la cual quedará desvirtuada cuando se haya demostrado su culpabilidad en el juicio y exista una sentencia condenatoria.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Capítulo 3. Los fines del proceso penal

(1) *Verdad*: En el proceso penal debe descubrirse la verdad. Todas las circunstancias relevantes para el derecho material deben ser acreditadas.

Justicia: Una sentencia justa presupone un proceso leal y conforme a la ley. La verdad no se averigua a cualquier precio. Existen intereses que se cruzan en el camino de la verdad y que en un Estado de derecho deben ser no obstante protegidos.

> **Ejemplos**: El derecho a guardar silencio del imputado; la esfera íntima de los testigos.

Paz jurídica: El proceso penal se encarga de superar una perturbación social, asegura la vigencia de las normas penales y alcanza de esta forma la paz jurídica. La sentencia debe resolver el asunto. Por un lado, debe ser posible revisar sentencias; por el otro, sin embargo, no se logra nada procediendo interminablemente. Cuando no la paz, en algún momento debe haber al menos calma. Entre esos fines existe, en el mejor de los casos, un frágil equilibrio. La sentencia puede «desnivelarse» fácilmente. En caso de emergencia basta con dos elementos de peso para sostener la sentencia, pues a veces falla uno de ellos. Ilustraremos tres situaciones en que existe un déficit de un elemento.

I. DÉFICIT EN LA VERDAD

(2) Existen sentencias que se remiten a un acuerdo de los participantes en el proceso (en detalle, *infra* § 30 nm. 1 ss.). El tribunal, la Fiscalía, el defensor y el acusado han cerrado un «acuerdo». La mayoría de las veces, todos sacan provecho de él. Supongamos que se trata de un gran proceso penal económico en el que ya se ha debatido durante medio año; el acusado se encuentra desde hace dos años en prisión preventiva. Si se continuara el debate sin un acuerdo y la defensa hiciera uso de todas sus posibilidades, debería contarse con al menos un año más de duración del proceso. El acusado confiesa y obtiene ahora, luego del acuerdo

y como se ha convenido, cuatro años de prisión. Como resultado de un proceso largo y controvertido, el acusado hubiera obtenido probablemente más; a él le sirve porque recupera más rápidamente su libertad. La Fiscalía está conforme con cerrar un proceso de manera relativamente rápida mediante una confesión del acusado. El tribunal no debe preocuparse por otro arduo debate y, sobre todo, por posibles recursos procesales de la defensa. La Fiscalía y el tribunal pueden ocuparse de otros procesos que pueden haberse pospuesto para llevar adelante este gran proceso penal económico. En suma, la sentencia –como conclusión de un proceso leal– resulta justa en su desenlace, y la paz jurídica se restablece prontamente. La verdad, empero, ha quedado quizás a un lado del camino. Qué es lo que ha acontecido realmente, es algo que no será aclarado en detalle, sino que a través de la figura del acuerdo incluso puede permanecer oculto o haber sido falseado. De todas formas: hay también una justicia que no descansa en la pura y absoluta verdad.

II. DÉFICIT EN LA JUSTICIA

(3) En el caso 2 (*supra* § 1 nm. 1), el anillo, como pieza probatoria se ha obtenido de manera «turbia». Pero ella simplemente está ahí y su valor probatorio es independiente del método, al menos dudoso, con el que ha sido procurada. El interés en el hallazgo de la verdad predomina aquí por sobre el interés en un procedimiento absolutamente correcto.

III. DÉFICIT EN LA PAZ JURÍDICA

(4) Supongamos (caso 3, *supra* § 1 nm. 2) que años después de la condena del vecino surgen nuevos hechos que sugieren su inocencia. Allí, pues, los fundamentos de la sentencia resultan afectados de tal manera que ya no es posible ampararse en el interés de la paz jurídica permanente. El proceso debería ser revisado (§ 359, núm. 5).

Por otra parte, la paz jurídica tendría prioridad y el interés en la averiguación de la verdad debería relegarse si el vecino hubiera sido absuelto y, años después, nuevos aspectos dieran como resultado su culpabilidad. Únicamente si él confesara en algún momento posterior a su absolución, la sentencia ya no podría sostenerse; la paz jurídica debería sacrificarse y darse prioridad a la verdad (cf. § 362, núm. 4).

IV. EL CAMINO HACIA LA META

(5) Los valores materiales de la verdad, la justicia y la paz jurídica deben ser balanceados en un proceso «formalmente regular». Un proceso es un procedimiento. Se desarrolla según reglas determinadas en formas preestablecidas.

Proceder «conforme al ordenamiento procesal» no es un formalismo, sino un mecanismo de protección para los intereses que el Estado de derecho debe resguardar. Estas formas protectoras frenan no pocas veces la persecución penal, pero no deben bloquearla. También la «efectividad de la justicia penal» pertenece al principio del Estado de derecho.[4]

La decisión sobre la verdad siempre está afectada por el riesgo del error. Por ello, como en todas las decisiones riesgosas, será vital transitar los caminos correctos. El proceso leal, conforme al ordenamiento procesal, es un valor en sí y produce justicia a través del proceso, justicia procesal.[5]

Casos y preguntas

1. ¿Cuáles son los fines del proceso penal?

Comentarios desde la perspectiva española

Partiendo de la explicación realizada por Volk, podemos indicar que también con el proceso penal español se persiguen estos fines:[6]

La verdad: La actividad de instrucción (investigación) que se realiza en el procedimiento preliminar y la actividad probatoria que se desarrolla durante el juicio oral están encaminadas precisamente al descubrimiento y corroboración de la verdad sobre los hechos y las personas responsables de los mismos.

La justicia: Está reconocida constitucionalmente como uno de los valores superiores que propugna el ordenamiento jurídico español (art. 1.1 CE). En el enjuiciamiento penal se aspira, por un lado, a que la sentencia se dicte tras el desarrollo de un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE); lo cual implica lograr un balance entre las diversas garantías, derechos e intereses constitucionales que concurren en el proceso penal. Así, por ejemplo, es importante el respeto de los derechos fundamentales durante la investigación del crimen (de acuerdo con el art. 11.1 LOPJ, las pruebas obtenidas con vulneración de tales derechos serán ineficaces en el proceso). Por otro lado, la consecución de una verdadera justicia implica también el resarcimiento de la víctima del delito que, como veremos más adelante, en España tiene la oportunidad de llegar a ser parte

4. *BVerfGE* 33, 367, 383; 44, 353, 374; 47, 257, 262. Recientemente BVerfG, *NStZ* (2019), 159, 161, en relación con el registro de oficinas de abogados en el marco del «escándalo del Diesel».
5. Sobre los diversos conceptos y los elementos discursivos de la verdad, cf. Volk, en: FS Salger (1995), 411 ss.
6. Cf. Gómez Colomer y Barona Vilar (2021b, 29-36).

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

procesal. No obstante, aun si la víctima optara por no constituirse como parte, el proceso penal busca también su protección[7] y reparación material y moral.[8]

La paz jurídica: Desde la perspectiva española podrían incluirse aquí dos aspectos. El primero es la *paz social*, como un interés constitucionalmente protegido (art. 10.1 CE). El segundo es la *seguridad jurídica* que se alcanza cuando una sentencia alcanza la firmeza, por tanto, tutelando de forma definitiva el conflicto jurídico que fuera planteado ante los tribunales; en este caso, pronunciándose de forma condenatoria o absolutoria con relación a la o las personas concretamente acusadas.

Existe entre estos tres fines un frágil equilibrio, que se ilustra perfectamente por el diagrama expuesto por Volk. Sin embargo, la ley española prevé que podría dictarse una sentencia jurídicamente válida aun existiendo algún déficit con relación a alguno de los fines expuestos. En este sentido:

Si hay déficit en la verdad: Sucede, por ejemplo, cuando se produce la conformidad del acusado con los hechos imputados y la pena propuesta por la parte acusadora. En estos supuestos no será necesario celebrar el juicio oral y el Tribunal dictará la sentencia recogiendo la calificación jurídica y la pena que fue pactada entre las partes.

Si hay déficit en la justicia: Podría producirse, por ejemplo, cuando se dicta sentencia valorando una prueba que fue obtenida con vulneración de derechos fundamentales, dado que el tribunal considera que dicha vulneración no ha sido jurídicamente relevante.[9]

Si hay déficit en la paz jurídica: Es posible la revisión de una sentencia firme a través de los cauces establecidos en la Lecrim, por ejemplo, si posteriormente se demuestra en un juicio penal que los documentos en que se basaba la sentencia condenatoria eran falsos (art. 954.1.a Lecrim).

En consecuencia, el desarrollo de un proceso penal requiere alcanzar un balance entre estos tres fines perseguidos. La CE lo reconoce al establecer que «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales […], sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Asimismo, todos tienen derecho […] a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías…» (art. 24 CE).

---

7. Se aprobó en 2015 la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, en la cual se regulan los derechos procesales y extraprocesales de la misma. V., Gómez Colomer (2015).
8. Un claro ejemplo de ello es que la Lecrim permite acumular al proceso penal la pretensión civil de indemnización de la víctima, la cual será ejercida por el Ministerio Fiscal (MF), salvo que la víctima expresamente se reserve el derecho de hacerlo ella misma o desista de la acción civil.
9. Se aplicaría en este sentido la teoría de la conexión de antijuridicidad, formulada en la STC 81/1998, de 2 de abril y actualizada en la STC 97/2019, de 16 de julio.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Capítulo 4. La marcha del proceso

(1) Todo proceso penal comienza con una sospecha y culmina con una sentencia. La StPO regula como caso normal el proceso ordinario de conocimiento, el cual consta de tres estadios: procedimiento preliminar, procedimiento intermedio y procedimiento principal. Para un panorama es suficiente con una breve explicación.

En el *procedimiento preliminar (de investigación)*, se aclaran las circunstancias del caso de tal manera que la Fiscalía pueda decidir si existe «motivo suficiente» para la interposición de una acusación (§ 170, inc. 1.°). El dominio del proceso en este estadio preparatorio corresponde a la Fiscalía. La mayor parte del trabajo lo realiza la policía *motu proprio* o bajo indicación de la Fiscalía. Ella recolecta el material. Si de ello no resulta una sospecha «suficiente», o si el caso aparece como uno de bagatela o uno que no merece ser perseguido, la Fiscalía sobresee el proceso. En caso contrario eleva la acusación.

La cuestión llega ahora al tribunal. En el *procedimiento intermedio*, este examina si existe la sospecha suficiente afirmada por la Fiscalía y luego, en caso de que así sea, admite el paso de la acusación al juicio oral. La Fiscalía, entonces, no puede desencadenar un juicio oral ante el tribunal solo a través de la acusación; si este juicio oral debe ser abierto es algo que debe poder decidir el tribunal por sí mismo (y, antes de ello, el imputado aún no se llama «acusado», cf. § 157).

En el *procedimiento principal* se prepara (§§ 212-225a) y se realiza (§§ 226-275) el juicio oral. El acusado declara (si así lo desea), se interroga a los testigos, se oye a los peritos, se leen documentos y se realizan inspecciones oculares de los medios de prueba. Después de esta producción de prueba, la Fiscalía y la defensa hacen sus alegatos; el acusado tiene la última palabra y el tribunal, después de la deliberación, da a conocer su sentencia.

(2) Este es el modelo de decisión de la StPO para los casos normales. En los hechos este modelo es la excepción, pues solo unos pocos casos llegan al tribunal y la mayoría de ellos no se encauzan en el proceso ordinario, sino que se resuelven en el procedimiento por mandato penal.[10]

10. Al respecto, y sobre la persecución penal selectiva, cf. el «modelo Trichter», Eisenberg/Kölbel (2017), § 26 nm. 2 y § 31 nm. 4.

Estamos ahora en condiciones de comenzar a hablar sobre la marcha del procedimiento de investigación. Este es dirigido por la Fiscalía. ¿Qué clase de autoridad es ella? Esta pregunta no puede responderse sin entender la organización de los tribunales. Las funciones individuales de ambos órganos de la justicia en el avance del proceso serán abordadas allí donde desempeñen su rol principal. Por el momento, se trata solamente de dar a conocer las estructuras fundamentales.

Casos y preguntas

2. ¿En qué etapas procesales se subdivide el proceso penal?
3. ¿Cuál es la denominación correcta del imputado en el procedimiento intermedio?

Comentarios desde la perspectiva española

El proceso penal en España se inicia cuando las autoridades (la Policía, el Ministerio Fiscal o el juzgado de guardia o de instrucción) reciben la *notitia criminis,* usualmente a través de una denuncia o de una querella.[11] Dependiendo de varios factores, pero principalmente de la gravedad del delito, existen cuatro tipos de procedimientos ordinarios:[12]

- El *proceso ordinario por delitos más graves*, para el enjuiciamiento de delitos con una pena máxima que supere los 9 años de privación de libertad.[13]
- El *proceso abreviado*, para aquellos delitos castigados con pena privativa de libertad de hasta 9 años.
- El *proceso para el enjuiciamiento rápido de ciertos delitos*, que es una modalidad simplificada del proceso abreviado y se aplicará cuando concurran los requisitos establecidos en el art. 795 Lecrim. Con relación a la gravedad de los delitos, se refiere a aquellos cuya pena máxima implica la privación de libertad de hasta 5 años.

---

11. La denuncia, que puede ser oral o escrita, implica simplemente la puesta en conocimiento de la autoridad de unos hechos de aparente carácter delictivo. En cambio, la querella se interpone siempre por escrito y cumpliendo los requisitos de forma y contenido establecidos por la ley (arts. 277 Lecrim). Otra distinción importante consiste en que, al interponer la querella, el querellante se convierte en parte procesal acusadora. En este sentido, cabe aclarar que en España el MF no tiene el monopolio de la acción penal, sino que esta puede ser ejercida, con los requisitos y limitaciones que indica la ley, por la persona ofendida o perjudicada por el delito (acusador particular) o incluso por cualquier ciudadano español (acusador popular). En este sentido, v. capítulos 6 y 8.II.
12. Nos referimos a procesos «ordinarios» en el sentido de que son aplicables a toda clase de delitos. En sentido contrario encontraríamos los procesos «especiales», que únicamente podrán aplicarse en casos específicos y legalmente establecidos. Un ejemplo de estos últimos sería, en España, el proceso penal ante el Tribunal del Jurado, que cuenta con su propia regulación desarrollada en la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. Sobre este tema, v. capítulo 33.II.
13. Nos referimos a la pena en abstracto establecida en el Código Penal (CP) para ese tipo concreto de delito.

- El *proceso por delitos leves*, que se aplica únicamente a ese tipo de delitos, que están castigados con penas no privativas de libertad entre un día y un año o con la pena de multa hasta 3 meses.

Para explicar de forma general el desarrollo del proceso penal, nos basaremos en el proceso ordinario por delitos más graves, ya que fue el que inicialmente se planteó en la Lecrim como procedimiento modelo, sin perjuicio de que en el capítulo correspondiente se indiquen las especialidades más importantes de los otros tipos de procesos.

En primer lugar, encontramos el *procedimiento preliminar* (sumario), cuyo objetivo es la realización de la investigación criminal para determinar la comisión del hecho delictivo, sus circunstancias y posibles autores. Esta etapa es dirigida por el juez de instrucción, que es quien determina cuáles son los actos de investigación que deben realizarse y además controla la legalidad de los mismos. Por otro lado, el Ministerio Fiscal (MF), como parte acusadora, puede solicitar también la realización de diligencias investigadoras orientadas al descubrimiento de la verdad. En todo caso, será la Policía Judicial quien materialmente realice la investigación.

El sumario puede concluir si el hecho no ha ocurrido, si no es constitutivo de delito, o si no se conoce al autor (produciéndose un sobreseimiento libre); o bien, si habiéndose identificado a un posible sospechoso, no hay suficiente información para formular la acusación (sobreseimiento provisional). En el caso contrario, si existen los elementos suficientes, se podrá formular el escrito de acusación por parte del MF y, si se hubieran personado en el caso, de las demás partes acusadoras.

La Lecrim no regula formalmente un *procedimiento intermedio*, si bien existen en la práctica una serie de escritos y actos procesales orientados a verificar la concurrencia de los presupuestos necesarios para proceder a la apertura del juicio oral. Así, por ejemplo, se presentan los escritos de calificación provisional y defensa y se proponen y sustancian las cuestiones previas.

Se llega así a la fase conocida como *plenario o juicio oral*, en la cual se practica la prueba, que se inicia con la declaración del acusado y a continuación se realiza el interrogatorio de los testigos, de los peritos y la práctica de los demás medios de prueba. Al final del juicio, que por regla general será público,[14] las partes presentan sus calificaciones definitivas e informes finales, se concede la última palabra al acusado y, durante los días siguientes, el Tribunal procederá a dictar la sentencia.

14. Se contemplan en el art. 681 Lecrim algunas circunstancias que pueden justificar la celebración a puerta cerrada del juicio o de parte del mismo.

Capítulo 5. Los tribunales: constitución, organización y competencia

I. EL DERECHO JUDICIAL CONSTITUCIONAL

Los tribunales ordinarios se encuentran regulados principalmente en la Ley Fundamental (arts. 92-104 GG). Esta regulación es complementada por la GVG.

1. Art. 92 GG

(1) El Poder judicial se ejerce a través de tribunales. Ellos están separados del Ejecutivo y son independientes. Ellos están sometidos solo a la ley, es decir, en sus asuntos están sujetos al Poder Legislativo.

2. Art. 97 GG

(2) El juez es objetiva y personalmente independiente (cf. asimismo § 1 GVG, §§ 25 y 45, inc. 1.° DRiG). De otro modo, no es concebible una judicatura neutral y objetiva. Posibles dependencias amenazan desde diferentes direcciones.

> **Caso 1**: El juez de primera instancia X debe llevar adelante un juicio oral por ebriedad al volante. La acusada es su pareja sentimental.

La StPO tiene en cuenta esta *relación* amenazante *del juez con los intervinientes en el proceso*. Si bien X no es excluido de su cargo de juez (cf. el catálogo en § 22), sin embargo, puede ser apartado del caso por razones de parcialidad (§ 24), situación que él mismo puede poner de manifiesto (§ 30).

> **Caso 2**: El juez X absolvió a un médico que había llamado «asesinos potenciales» a los soldados.

Supongamos que el Gobierno critica esto masiva y públicamente, y que el ministro de Justicia intenta pasar a retiro al juez reputándolo incapaz para desempeñar sus funciones. El art. 97 GG brinda protección al juez otorgándole independencia frente al Poder Ejecutivo.

Caso 3: Supongamos que el caso recién mencionado debe ser conocido por el tribunal de casación. Allí, el presidente le imparte a un nuevo y joven juez de su sala «recomendaciones colegiales» para la resolución del caso.

El principio de independencia judicial también protege contra este riesgo de *dependencia de la justicia*.

Caso 4: Luego de una sentencia benigna contra un antisemita de extrema derecha, la prensa arma un gran alboroto en contra del juez que la ha redactado.

En un Estado de derecho que resguarda la crítica y la libre expresión, este riesgo de dependencia, procedente del cuarto poder, resulta no solo inevitable, sino que, hasta cierto punto, incluso tolerable. No han sido trazados aún límites constitucionales nítidos. No existe en Alemania un tipo penal que castigue las presiones inadmisibles sobre los jueces (distinto es el caso en el ámbito angloamericano: *contempt of court*).

Caso 5: El juez municipal X no considera correcto suscribir la opinión dominante, no sigue al *BGH* y falla en otro sentido.

Esto le está permitido. Solo hay una *dependencia respecto de la ley*, no de la opinión dominante ni, en principio, tampoco de la interpretación de la ley que hacen otros tribunales superiores (excepciones: §§ 121, inc. 2.°, 132 GVG; § 31 BVerfGG; § 358, inc. 1.°).

3. Art. 101

(3) El *principio del juez legal* significa que solo puede determinarse de antemano y en razón de una ley, quién es el juez competente para casos penales (futuros).[15] Ello no puede ocurrir recién después del hecho ni por medio del Ejecutivo, ni de la Administración de Justicia. La presidencia del tribunal, legitimada por la GVG, elabora un plan de distribución del trabajo. Según él, consta ya hoy quién será el juez competente si, por ejemplo, Klaus Volk comete un delito en Múnich mañana. Esto ya no puede ser alterado.

Pero los criterios de la competencia no se hallan siempre claramente definidos y, en algunos casos, la competencia es «flexible» (v. *infra* § 12 nm. 42). No todo error constituye una violación de los derechos fundamentales. Una afectación

---

15. BverfG, *NJW* (1997), 1497.

al principio del juez legal la sufre solo quien ha sido afectado por una medida objetivamente arbitraria, es decir, no justificable.[16]

Están prohibidos los *tribunales de excepción*. Estos son tribunales que se instituyen recién después de ocurrido el hecho, para investigar determinados casos o para juzgar a determinadas personas.

Pueden erigirse *tribunales especiales* para determinadas materias (art. 101 inc. 2.° GG), pero solo a través de una ley que contenga criterios abstractos y generales. Por ejemplo, tribunales colegiales para abogados.

(4) En todos los tribunales actúan *jueces profesionales*. En algunos también actúan junto a ellos jueces legos. Ellos se llaman «escabinos» (§ 30 GVG). Para ellos rigen en igual medida las reglas sobre el juez legal; aunque no son jueces de profesión, también son objetivamente independientes.

Los jueces pueden ser excluidos del ejercicio de su cargo en virtud de la ley (§§ 22, 23) o apartados por temor de parcialidad (§§ 24 ss.). Estos problemas, mayormente, se suscitan recién al comienzo del juicio oral y, por eso, son tratados allí (cf. *infra* § 19 nm. 2 ss.).

II. LA ORGANIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES

(5) La organización de los tribunales es asunto de los estados (*Länder*). La GVG establece qué tribunales existen, cómo están compuestos y qué competencias tienen. Los estados determinan dónde hay un tribunal, qué tribunal es erigido, en qué lugar, cuántos tribunales debe haber y cómo se distribuye la competencia territorial.

La EGGVG ha abierto a los estados la posibilidad de erigir un «Tribunal Supremo Estadual». (Solo) Baviera hizo uso de dicha posibilidad. El *BayObLG* fue gradualmente disuelto a partir de 2005.

III. LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DE PRIMERA INSTANCIA

La competencia de los tribunales de primera instancia forma parte de la garantía del juez legal.

1. Panorama

(6) A través de la *competencia objetiva* se establece en qué nivel comienza el asunto en primera instancia: en el Tribunal Municipal, en el Tribunal Estadual

16. *BVerfGE* 30, 165; *BGHSt* 43, 53; 47, 116, 119; así también BGH, *StV* (2016), 622, con análisis de Kudlich, JA (2016), 551; para la redistribución de procesos ya pendientes rigen criterios más estrictos: toda ilicitud; BGH, *NStZ* (2009), 651, en línea con BVerfG, *NJW* (2005), 2689.

o en el Tribunal Superior Estadual. El Tribunal Supremo Federal (como único tribunal penal de la Federación) nunca actúa en primera instancia, sino solo en el procedimiento de casación. En el Tribunal Municipal cuentan como «órganos de decisión» en primera instancia el juez individual y el Tribunal de Escabinos. La distribución de los casos corresponde a la competencia objetiva. La competencia objetiva se encuentra reglada en la GVG.

(7) A su vez, debe establecerse legalmente de antemano qué tribunal es *competente territorialmente*. Ello se rige según los §§ 7 ss. (cf. *infra* nm. 16).

(8) La *competencia funcional* es un concepto marco no utilizado por la ley (ni garantizado por la Constitución) para todos los demás tipos de competencia. A ella corresponden las cuestiones referidas a:

- cómo se divide la competencia entre las Cámaras Penales de igual rango (p. ej., Cámara Penal General-Cámara en lo Penal Económico),
- cuándo tiene permitido el presidente de un tribunal colegiado decidir individualmente,
- en qué casos deciden las Cámaras de Ejecución Penal (§§ 78 a, b GVG).

2. La competencia objetiva del Tribunal Municipal

(9) En primer lugar debe aclararse si el Tribunal Municipal es competente en general y, luego, si el caso corresponde al juez penal o al Tribunal de Escabinos. Para responder la primera cuestión, la ley aplica un método de sustracción (cuando no sea competente el Tribunal Estadual, § 24 GVG), mientras que la competencia del juez individual se determina «positivamente» (§ 25 GVG). La regulación es complicada, porque la competencia del Tribunal Estadual está descrita con exactitud solo en parte y, en lo demás, se efectúan remisiones («cuando el Tribunal Municipal no sea competente», § 74, inc. 1.°, 1.ª oración GVG). No obstante, los resultados, son relativamente inequívocos.

La potestad punitiva del Tribunal Municipal está limitado a los cuatro años de pena de prisión (§ 24, inc. 2.° GVG). Los casos en los cuales es esperable una pena superior corresponden, por tanto, al Tribunal Estadual (§ 24, inc. 1.°, núm. 2 GVG). El Tribunal Estadual (Tribunal de Jurados, § 74, inc. 2.° GVG; Cámara de Protección del Estado, § 74a GVG) siempre decide sobre el reproche de determinados delitos (delitos graves), incluso frente a una expectativa de pena menor.

Además, la Fiscalía puede adjudicar especial importancia a un caso que cae dentro de la competencia del Tribunal Municipal y acusar ante el Tribunal Estadual (§§ 24, inc. 1.°, núm. 3; 74, inc. 1.°, 2.ª oración GVG); sobre esta competencia «flexible», *infra* § 12 nm. 42.

a) El juez penal

(10) El juez penal decide sobre las acciones privadas e infracciones en las cuales no es esperable una pena superior a dos años de prisión (§ 25 GVG); sin embargo, cuenta con la competencia sancionadora del Tribunal Municipal y puede, en consecuencia, imponer hasta cuatro años de pena privativa de libertad.[17]

b) El Tribunal de Escabinos

(11) El Tribunal de Escabinos debe decidir sobre la criminalidad intermedia. Su competencia está descrita negativamente (§ 28 GVG). Se compone de un juez profesional y dos legos (escabinos) como jueces *ad honorem* (§ 29, inc. 1.° GVG); en asuntos voluminosos, a instancias de la Fiscalía, puede intervenir otro juez profesional (Tribunal de Escabinos ampliado, § 29, inc. 2.° GVG).

3. La competencia objetiva del Tribunal Estadual

(12) En primera instancia deciden Grandes Cámaras Penales, compuestas por tres jueces profesionales y dos escabinos (§ 76, inc. 1.°, 1.ª oración GVG). Ellas pueden funcionar también con dos jueces profesionales (§ 76, inc. 2.°, 4.ª oración GVG; excepción importante: Tribunal de Jurados, § 76 inc. 2.°, 3.ª oración, n.º 1 GVG). Respecto a la cuestión acerca de la «extensión y dificultad del asunto» (§ 76 inc. 2.°, 3.ª oración, n.º 3 GVG) no hay una discrecionalidad en la selección, pero sí un amplio margen de evaluación.[18]

> **Ejemplo**: En un asunto penal-económico voluminoso contra cuatro acusados no dispuestos a prestar confesión, a los que se le reprochan cientos de hechos de estafa, han sido citados 289 testigos y dispuestas más de 100 carpetas de prueba por la Fiscalía. Una Cámara Penal que quiere juzgar este caso solo con dos jueces profesionales, sobrepasa su margen de evaluación de manera injustificable y actúa arbitrariamente.[19]

El Tribunal Estadual es materialmente competente respecto de:

- delitos graves mencionados en el § 74, inc. 2.° GVG;
- delitos graves (*Verbrechen*) y delitos leves (*Vergehen*) cuando la expectativa de pena fuere superior a cuatro años de prisión (§ 74, inc. 1.°, 2.ª oración, 1.ª alternativa GVG) o cuando la Fiscalía, en razón de la importancia especial del caso, hubiere formulado la acusación ante el Tribunal Estadual (§ 74, inc. 1.°, 2.ª oración, 2.ª alternativa GVG).[20]

---

17. BGH, *NStZ* (1985), 470.
18. *BGHSt* 44, 328.
19. BGH, *NStZ* (2004), 56.
20. Nota de los traductores: La diferencia entre *Verbrechen* y *Vergehen* es traducida aquí como delitos *graves* y delitos *leves*. En esas denominaciones, los adjetivos solo hacen referencia a la categorización general

(13) *a*) Junto a las Grandes Cámaras Penales existen otras especiales.

El *Tribunal de Jurados* –ha mantenido su nombre tradicional, aunque no es sino una Gran Cámara Penal– decide sobre delitos capitales (§ 74, inc. 2.° GVG).

La *Cámara en lo Penal Económico* es competente en casos descritos precisamente (§ 74c, inc. 1.°, núm. 1-5a GVG), así como –entre otros– en los delitos de estafa, abuso de confianza, usura y corrupción, «en la medida en que para el examen del caso sean necesarios conocimientos especiales de la vida económica» (núm. 6).

La *Cámara de Protección del Estado* tiene una competencia definida con precisión (§ 74a, inc. 1.° GVG). Esta competencia pasa al Tribunal Superior Estadual, cuando el Procurador General Federal, por la «especial importancia del caso», se hace cargo de la persecución (inc. 2°; el segundo caso de la denominada competencia «flexible»; cf. *supra* nm. 9). Asimismo, decide sobre las «escuchas a gran escala» y el registro online (§ 100 e inc. 2.°, 1.ª oración; en detalle, *infra* § 10 nm. 51).

Además, puede ser constituida una *Cámara de Protección para la Juventud* (§ 74b GVG).

b) Los conflictos de competencia entre estos tribunales penales son solucionados o evitados por la ley a través de una regla de prioridad (§ 74e GVG). No está mencionada la Cámara de Protección para la Juventud, porque los tribunales juveniles tienen prioridad siempre (§§ 102; 103, inc. 2.°, 1.ª oración; 112 JGG); ni tampoco la Cámara Penal, pues ella nunca tiene la prioridad.

4. La competencia del Tribunal Superior Estadual

(14) En el Tribunal Superior Estadual (que en Berlín se llama Tribunal de Cámara) deciden Senados compuestos por tres o cinco jueces profesionales (cf. § 122, inc. 2.° GVG). Son competentes para los delitos relacionados con la protección del Estado mencionados en el § 120, inc. 1.° GVG; además, para todos los delitos enumerados en el § 74a, inc. 1.° GVG; así como para determinados hechos de asesinato y delitos de peligro común que se dirijan contra la existencia, la seguridad o la Constitución de la República Federal (§ 120, inc. 2.° GVG), cuando el procurador general federal, en razón de la importancia especial del caso, se haga cargo de la persecución.[21]

5. Los jueces legos

(15) Los jueces legos se denominan escabinos, incluso en la Gran Cámara Penal, que aún lleva el nombre de Tribunal de Jurados. Desde 1924 no existen

de las infracciones de la ley penal en un ordenamiento determinado. La referencia a la concurrencia de circunstancias específicas que indican la mayor gravedad en el marco de una misma figura penal se hace utilizando el adjetivo «calificado» (por ejemplo, «hurto calificado»).

21. Sobre esta «jurisdicción penal de la Federación», Welp, *NStZ* (2002), 1; *BGHSt* 46, 238 (hechos del extremismo de derecha); BGH, *NStZ* (2002), 447.

jurados. El clásico tribunal por jurados, en el cual los jueces legos decidían sobre la cuestión de la culpabilidad y los jueces profesionales sobre la cuantificación de la pena, no había dado resultados según la concepción alemana. Además, es apenas posible diferenciar con precisión las cuestiones de hecho y de derecho. Uno no se pregunta solo desde una perspectiva fáctica si el acusado «fue», sino si él, por ejemplo, ha cometido una extorsión violenta seguida de muerte.

Los escabinos ejercen como jueces *ad honorem* «el cargo de juez en toda su extensión y con igual derecho a voto» que los jueces profesionales (§§ 30, 77, inc. 1.° GVG). Deciden sobre la cuestión de la culpabilidad y la de la pena conjuntamente, así como sobre cuestiones de hecho y de derecho. No intervienen, empero, en decisiones fuera del juicio (§§ 30, inc. 2.º; 76, inc. 1.°, 2.ª oración GVG). No está en manos del tribunal, de todas formas, si se decide dentro o fuera del juicio. Solo ante motivos forzosos puede, excepcionalmente, decidirse fuera del juicio oral.[22] Los escabinos deben formar su convicción únicamente a partir del juicio oral y no tienen por tanto derecho a examinar el expediente. Esto hace sumamente difícil seguir el juicio oral (por ello, el BGH admite excepciones).[23]

El lego en el sitial del juez es una conquista de la Revolución francesa.[24] Su valor aún radica en reforzar la comprensión de la población respecto de la judicatura penal, en estabilizar su confianza en la justicia y en aportar al sano sentido común. Pero en el fondo, en una sociedad moderna y profesional, se trata tan solo de romanticismo social del siglo XIX.[25] En muchos Estados de derecho democráticos, la magistratura se ejerce solo por jueces profesionales. No es demostrable que la participación de jueces legos tenga algún valor. Sin embargo, ella tampoco es dañina.

6. La competencia territorial (jurisdicción)

a) Jurisdicciones ordinarias

(16) La StPO designa como punto de conexión el lugar del hecho (§ 7; cf. § 9 StGB), la residencia o el paradero (§ 8) y el lugar de aprehensión (§ 9, relevante para los hechos ocurridos en el extranjero). Queda a criterio de la Fiscalía elevar su acusación en uno de esos tribunales territorialmente competentes (y su elección solo es revisable en el marco del § 16). Si esto ha ocurrido más de una ocasión, rige el principio de prioridad (§ 12, inc. 1.º). La «apertura de la investigación» consiste en el auto judicial mediante el cual se admite la acusación (§ 203; *infra* § 16 nm. 10 s.) o se incluye una acusación adicional (§ 266, inc. 1.º; *infra* § 13 nm. 9); en el procedimiento por mandato penal, ella se ubica en el comienzo del juicio oral (*infra* § 33).

22. Cf. *BGHSt* 43, 91. La opinión contraria entiende suficiente, para una decisión fuera del juicio oral, que éste se encuentre interrumpido; OLG Hamburg, *NJW* (1998), 2988; no cuestionado por BVerfG, *NJW*, 2962; Foth, *NStZ* (1998), 421.
23. Cf. *BGHSt* 43, 36, 39.
24. Cf. Volk, *JuS* (1991), 871.
25. Cf. Volk, FS Dünnebier (1982), 37.

b) Jurisdicciones extraordinarias

La *jurisdicción por conexidad* (§ 13, inc. 1.°) declara competente a todo tribunal (de la misma jerarquía[26]) que sea competente en relación con hechos punibles conexos considerados aisladamente (sobre la conexidad, cf. *infra* § 13 nm. 10). En caso de que el asunto se encuentre pendiente ante diferentes tribunales (pendencia múltiple), los tribunales intervinientes deben alcanzar un acuerdo (§ 13, inc. 2.°, 1.ª oración). Si no pueden hacerlo, deben someterse a la decisión del tribunal superior común (§ 13, inc. 2.°, 2.ª oración).

La StPO prevé la *jurisdicción por determinación judicial* para los casos en los que no hay una competencia territorial prevista según los § 7-11 (§ 13a); en los que se ha suscitado un conflicto de competencia (§ 14); o en los que el tribunal está impedido o teme un peligro para la seguridad pública (§ 15).[27]

IV. LA COMPETENCIA EN MATERIA DE RECURSOS

1. El Tribunal Estadual

(17) *a*) El Tribunal Estadual decide sobre apelaciones contra sentencias del Tribunal Municipal (juez penal y Tribunal de Escabinos). Es competente una Pequeña Cámara Penal, compuesta por un juez profesional y dos escabinos (§§ 74, inc. 3.°; 76, inc. 1.° GVG). Según el § 76 inc. 6.°, en caso de apelaciones en contra de una sentencia pronunciada por un Tribunal de Escabinos ampliado, debe incluirse a otro juez profesional.

b) Sobre las quejas (§§ 304 ss., *infra* 37) contra decretos del juez en el Tribunal Municipal y autos de este último tribunal, decide una Gran Cámara Penal sin intervención de jueces legos (§ 309, inc. 1.°, §§ 73; 76, inc. 1.° GVG).

2. El Tribunal Superior Estadual

a) Casación

(18) En el Tribunal Superior Estadual hay Senados (§ 116 GVG), compuestos en la instancia recursiva por tres jueces profesionales (§ 122, inc. 1.° GVG). Resuelven sobre la casación *per saltum* contra las sentencias del Tribunal Municipal (*infra* § 36 nm. 31), la casación en contra de las decisiones del Tribunal Estadual que resuelve el recurso de apelación (*infra* § 36 nm. 30) y la (muy infrecuente) casación contra sentencias de primera instancia de la Cámara Penal del Tribunal Estadual, exclusivamente cuando se trata de la violación del derecho estadual (§ 121, inc. 1.°, núm. 1 GVG).

---

26. Si no se afecta la competencia en razón de la materia, § 4; BGH, *NStZ* (2005), 464.
27. BGH, *JR* (2002), 432, sobre el peligro de una amenaza terrorista.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

b) Queja

Además, el Tribunal Superior Estadual decide sobre quejas contra autos del Tribunal Estadual (§ 121, inc. 1.°, núm. 2, 3 GVG).

3. El Tribunal Supremo Federal

(19) Los cinco Senados Penales del Tribunal Supremo Federal (cuatro en Karlsruhe y uno en Leipzig) resuelven, compuestos por cinco jueces, sobre casaciones contra sentencias de primera instancia del Tribunal Superior Estadual (asuntos de protección del Estado) y de la Gran Cámara del Tribunal Estadual (§§ 130; 135, inc. 1.° GVG) y, compuestos por tres jueces, sobre determinadas quejas (§§ 135, inc. 2.°; 139, inc. 2.° GVG).

Si un Senado Penal quiere apartarse de una decisión de otro Senado Penal, o si se trata de una cuestión jurídica de importancia fundamental, resuelve el Gran Senado para Asuntos Penales, constituido por el presidente del Tribunal Supremo Federal y dos miembros de cada Senado Penal (§ 132, inc. 2.°, 4.º, 5.º GVG). En caso de divergencias entre Senados Civiles y Penales deciden los Grandes Senados Reunidos en sesión plenaria (§ 132, inc. 1, 2.ª oración, inc. 2.º, 3.º y 5.º, 2.ª oración GVG).

V. TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)[28]

(20) El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), tratado internacional del 4 de noviembre de 1950, garantiza –en el ámbito del Consejo de Europa– derechos fundamentales judiciales (art. 6 CEDH, en detalle al respecto *infra* § 18 nm. 10). El CEDH garantiza protección jurídica. Tiene su sede en Estrasburgo. Cada uno de los –actualmente– 47 Estados miembro envía un juez.

a) El proceso

Con la demanda ante este tribunal (solo) puede hacerse valer una violación de los derechos fundamentales del CEDH. Esto pueden hacerlo los Estados miembro (demanda estatal, art. 33 CEDH) o las personas individuales, naturales o jurídicas (demanda individual, art. 34 CEDH), cuando se hayan agotado –hasta la acción de inconstitucionalidad– los remedios jurídicos del derecho interno. A partir de allí corre un plazo de seis meses (art. 35 CEDH).

---

28. Para profundizar, Ambos (2018), § 10 nm. 13; Ambos (2017), 130 ss.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

La estructura del proceso no es «inquisitiva» (como en el derecho alemán), sino adversarial (v. *infra* § 11 nm. 1). Los idiomas oficiales son el inglés y el francés.

b) La sentencia y sus consecuencias[29]

El TEDH solo puede comprobar la infracción al CEDH y otorgar una «justa indemnización» a los afectados por ella (art. 41 CEDH), pero no puede revocar sentencias de los tribunales nacionales. Dichas sentencias son luego impugnables por el condenado de acuerdo con el § 359, núm. 6. El Estado miembro, en su carácter de parte, debe acatar la sentencia del TEDH (art. 46 CEDH). Los otros Estados, si bien no se hallan jurídicamente obligados, tienen que contar con la posibilidad de ser condenados si acontece un caso semejante.[30] Una jurisprudencia constante del TEDH desarrolla, cuanto menos, una función normativa de guía.[31]

2. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)[32]

(21) Ante este Tribunal en Luxemburgo no tiene lugar ningún proceso penal (aunque sí procesos por multas, p. ej., en el derecho de los cárteles). Sin embargo, ante este Tribunal deben presentarse determinadas cuestiones jurídicas para su aclaración:

«Según el § 1, inc. 2.°, en consonancia con el inc. 1.° de la ley que entró en vigor el 1.° de mayo de 1999, concerniente a la apelación al Tribunal de las Comunidades Europeas por medio del proceso de sentencia preliminar en el ámbito de la cooperación policial y judicial en asuntos penales según el art. 35 del Tratado de la UE (EuGH-Gesetz – EuGHG), del 6 de agosto de 1998 (*BGHBl*. I, 2035; 1999 I, 728), un tribunal cuyas sentencias ya no puedan ser impugnadas con recursos del derecho interno del Estado, ha de presentar al Tribunal [TJUE], con el objeto de obtener una decisión previa, entre otras, cuestiones sobre interpretación de tratados en el ámbito de la cooperación en asuntos penales, cuando considere necesaria una decisión al respecto para el dictado de su sentencia o resolución».[33]

---

29. En detalle, Kühne (2010), nm. 37 ss.; Ambos (2017), 130 ss.
30. Kühne, *StV* (2001), 73.
31. BVerwG, *NVwZ* (2002), 87.
32. Ambos (2018), § 13 nm. 23.
33. *BGHSt* 47, 326, 333.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

3. La Corte Penal Internacional (CPI)[34]

a) El procedimiento

(22) Los tribunales militares internacionales de Núremberg y Tokio comenzaron luego de la Segunda Guerra Mundial a aplicar el derecho penal internacional. Mucho después fue el turno de los tribunales *ad hoc* para la sanción de las violaciones al derecho de la guerra y a los derechos humanos en la extinta Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR), establecidos como medidas aseguradoras de la paz mediante resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.[35] La CPI, en cambio, es un tribunal permanente, asentado en un tratado de derecho internacional que, en el año 2021, ha sido ratificado por 123 Estados (entre ellos Alemania) y suscrito por otros 15. El denominado Estatuto de Roma entró en vigor el 1 de julio de 2002.[36] Según la antigua tradición, incluye en un *Kodex* los hechos punibles, la parte general[37] y –rudimentariamente– el derecho procesal penal.[38]

La CPI tiene su sede en La Haya. Cuenta con tres departamentos: para el procedimiento preliminar, el procedimiento principal y el procedimiento de apelación. Además, existe la Fiscalía, independiente del tribunal, con la facultad de llevar adelante sus propias investigaciones. Los procesos pueden ser iniciados por ella, pero también por medio de un Estado parte o del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Al modelo procesal adversarial de aquellos tribunales precursores se han implantado en el Estatuto de Roma, elementos inquisitivos, como –ante todo– el principio de la verdad material (v. *infra* § 18 nm. 15).

b) La competencia y el derecho penal internacional

La CPI es competente para los crímenes contra la humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. Esto presupone, no obstante, que un Estado parte no esté dispuesto o en condiciones de intervenir contra el sospechoso (principio de complementariedad, art. 17 del Estatuto de Roma).[39]

Alemania ha sancionado, paralelamente, un Código Penal Internacional (VStGB, en vigor desde el 1 de julio de 2002; *BGBl.* 2002 I, 2254). Contiene en el § 1 el principio de jurisdicción universal y obliga de ese modo a las fiscalías alemanas, con prioridad frente a la CPI, a perseguir hechos según el VStBG, incluso sin punto de conexión dentro del país. Sin embargo, el § 153 f (StPO)

---

34. Cfr. Ambos (2018), § 6 nm. 22 ss.; *el mismo* (2021), 23 ss.; con un enfoque procesal, *el mismo* (2016), 28 ss.
35. El TPIY y el TPIR ya no se encuentran activos. El 1.7.2012 (en relación con el TPIR) y el 1.7.2013 (en relación con el TPIY) la tarea de estos tribunales fue asumida por el Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales *ad hoc*, como organización sucesora. Véase Ambos (2018), § 6 nm. 21.
36. Para un análisis integral, véase Ambos (2022).
37. Fundamental, Ambos (2004).
38. Esta técnica de regulación fue la regla durante siglos. Recién en el siglo XIX se trataron separadamente las materias en la legislación y la ciencia.
39. De otro modo –principio de prioridad– los tribunales *ad hoc*; cf. *Eser*, FS Trechsel (2002), 223.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

contempla la posibilidad del sobreseimiento y la transferencia del procedimiento a la CPI. Los ciudadanos alemanes pueden ser entregados a la CPI (art. 16, inc. 2.º, 2.ª oración GG).

Casos y preguntas

4. ¿Qué ley regula la competencia de los tribunales para el proceso penal?
5. ¿Qué son los escabinos?
6. ¿Qué órganos de decisión existen en el Tribunal Municipal y cuándo son estos competentes?
7. ¿Cuándo es competente el Tribunal Estadual?
8. ¿Qué recursos puede interponer el acusado contra una sentencia?

Comentarios desde la perspectiva española

I. EL DERECHO JUDICIAL CONSTITUCIONAL

La CE regula el Poder Judicial en sus artículos 117 al 127. Con relación a los principios configuradores del Poder Judicial, se establece que:

1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.
2. Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley.
3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.
4. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho.
5. El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.
6. Se prohíben los Tribunales de excepción.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Partiendo de allí, podemos destacar la aplicación de los siguientes principios:

- *Independencia:* significa que, en el ejercicio de la función jurisdiccional, los jueces y magistrados únicamente están *sometidos a la Ley* y, por tanto, actuarán libres de cualquier influencia externa que pueda provenir de otra persona o institución (sujetos privados, funcionarios o autoridades de cualquiera de los poderes del Estado, medios de comunicación, etc.).[40] Una forma de garantizar esta independencia es a través de la *inamovilidad*, es decir, que los jueces y magistrados, una vez nombrados en sus cargos, solo podrán ser suspendidos, trasladados o removidos por las causas expresamente establecidas en la LOPJ.[41] La *responsabilidad* vendría a ser «la otra cara de la moneda» con relación a la independencia. El juez o magistrado independiente también debe ser responsable por los actos realizados como parte de sus funciones judiciales y esto abarca tanto la responsabilidad disciplinaria como la responsabilidad civil y penal.[42]
- *Imparcialidad:* se refiere al ánimo subjetivo del juez con relación al caso concreto que ha sido sometido a su conocimiento. Por tanto, se evita que el juez tenga o haya tenido alguna relación personal con las partes del caso, con otros intervinientes del proceso (abogados, procuradores, fiscales, víctimas) o con el objeto mismo del proceso. La imparcialidad se garantiza a través de la abstención (voluntaria) y la recusación (a solicitud de parte), impidiendo así que el juez decida un caso en el cual difícilmente podría ser imparcial.[43]
- *Exclusividad:* este principio funciona en dos sentidos. En primer lugar, implica que la función jurisdiccional será ejercida exclusivamente por los jueces y magistrados que integran el Poder Judicial.[44] En segundo lugar, viene a decirnos que los jueces y magistrados ejercerán únicamente la función jurisdiccional y las funciones que les vengan asignadas por ley para la protección de los derechos de los ciudadanos.[45]
- *Unidad:* significa que en España el Poder Judicial es uno solo a nivel nacional. Esto no implica que no pueda haber órganos judiciales cuya competencia territorial coincida con la extensión de la comunidad autónoma (como sucede con los Tribunales Superiores de Justicia).[46]
- *Juez legal:* implica que la justicia será impartida por órganos judiciales preestablecidos por la ley, que estarán conformados de acuerdo a los requisitos y principios establecidos en la LOPJ. Estos órganos judiciales deben preexistir al conflicto que juzgan. Además, deben existir normas de competencia

40. V. arts. 12-14 LOPJ.
41. V. art. 15 LOPJ.
42. V. arts. 405-427 LOPJ.
43. Las causas por la cuales se puede abstener o recusar al juzgador se encuentran enumeradas en el artículo 219 LOPJ.
44. Sin perjuicio de las facultades concedidas a los tribunales internacionales, que comentaremos al final de esta sección.
45. V. art. 9 LOPJ.
46. Además, se han cedido ciertas facultades en materia de justicia a los gobiernos de las comunidades autónomas, pero únicamente en sentido administrativo. Todo lo referente a la función jurisdiccional está reservado para el Poder Judicial, que a la vez tiene su propio órgano de gobierno, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ).

previamente fijadas que permitan distribuir los casos entre los tribunales. La forma de constituir los juzgados y tribunales, así como el acceso a la judicatura, están también regulados por la ley. Este principio también prohíbe que existan tribunales de excepción, creados *ex post facto* y con el propósito de conocer unos casos concretos o de enjuiciar a unas personas específicas.

II. LOS CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA

Si se entiende que un caso puede ser conocido por los tribunales españoles[47] y, concretamente, los del orden penal, deberá tomarse en cuenta los siguientes criterios para determinar la competencia y así poder identificar cuál entre todos es el tribunal competente para juzgar un caso concreto.

- *Competencia objetiva:* se determina principalmente por la clase de delito y por su gravedad, tomando en cuenta la pena en abstracto establecida por el CP. En algunos casos, también se puede determinar por la calidad del sujeto enjuiciado.[48]
- *Competencia funcional:* referida a las diferentes fases e instancias procesales. Como norma general, el órgano judicial que conoce el pleito principal también conocerá sus diferentes incidentes, excepciones y ejecución.
- *Competencia territorial:* como norma general se determina por el lugar de comisión del delito. En caso que este dato no sea conocido, se aplicarán los fueros subsidiarios del art. 15 Lecrim.[49] También influye en la determinación de la competencia territorial la posible existencia de delitos conexos.[50]

III. ÓRGANOS JUDICIALES CON COMPETENCIA EN MATERIA PENAL

1. Órganos judiciales unipersonales: juzgados

- *Juzgado de Paz:* estos juzgados están presentes en cada municipio en donde no exista Juzgado de Primera Instancia e Instrucción y son servidos por

47. La extensión y límites de la jurisdicción española está regulada en los arts. 21-25 LOPJ.
48. Estamos ante los denominados «aforamientos», es decir, personas que por su cargo o profesión serán juzgadas por tribunales especialmente determinados (v. capítulo 5.III.B). Por ejemplo, las causas contra el presidente del Gobierno serán conocidas por el Tribunal Supremo.
49. Se definiría entonces la competencia territorial por el lugar en que se hayan descubierto las pruebas materiales, el lugar en donde se detuvo a la persona investigada, su lugar de residencia o cualquier lugar en donde se haya tenido noticia del delito.
50. De acuerdo con la Lecrim, cada delito dará lugar a la formación de una única causa. Sin embargo, «los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulte conveniente para su esclarecimiento y la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso». En los arts. 17 y 18 Lecrim se indican los criterios para establecer la conexidad y las reglas que permiten determinar la competencia para conocer las causas por delitos conexos.

jueces legos. Anteriormente, los Juzgados de Paz eran competentes para conocer los juicios por faltas (art. 100 LOPJ), pero perdieron esta atribución en 2015. En la actualidad mantienen algunas funciones en el ámbito de la conciliación en materia criminal.

- *Juzgado de Instrucción o Juzgado de Primera Instancia e Instrucción (JI):* existe uno en cada partido judicial.[51] Son juzgados competentes para conocer la instrucción (investigación) de los delitos que posteriormente serán enjuiciados por los Juzgados de lo Penal o por la Audiencia Provincial (art. 87 LOPJ). Además, conocen y fallan los juicios por delitos leves (antes conocidos como faltas).
- *Juzgado de Violencia sobre la Mujer (JVSM):* conocerá la instrucción de procesos por diversas clases de delitos cometidos con violencia hacia la mujer (art. 87 ter LOPJ). Además, pueden dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la ley.
- *Juzgado de lo Penal (JP):* conoce y falla los procesos por delitos castigados hasta 5 años de prisión (art. 89 bis LOPJ).
- *Juzgado de Menores (JM):* conoce de los hechos cometidos por personas mayores de 14 años y menores de 18, tipificados como delito en el CP o leyes penales especiales (art. 97 LOPJ).
- *Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (JVP):* ejerce funciones en materia de ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad (art. 94 LOPJ y art. 76 LGP).

2. Órganos judiciales colegiados: tribunales

- *Audiencia Provincial (AP):* existe una en cada provincia y está integrada por varios magistrados (jueces profesionales). Conocen y fallan los juicios por delitos más graves, es decir, castigados con pena de prisión mayor a 5 años. Funcionalmente conocen las apelaciones contra las resoluciones dictadas por el JI, JVSM, JP, JM o el JVP de su provincia (art. 82 LOPJ).
- *Tribunal Superior de Justicia (TSJ):* hay uno en cada comunidad autónoma y conoce, a través de su Sala de lo Civil y Penal, las causas penales establecidas en el estatuto de autonomía de dicha comunidad. Conoce también la instrucción y fallo de causas contra las personas aforadas en el ámbito autonómico,[52] siempre y cuando no esté atribuida la competencia al TS. Funcionalmente, el TSJ resuelve las apelaciones contra autos y sentencias dictadas en primera instancia por la AP y por el TJ incardinado en la AP (art. 73.3 LOPJ y 846 bis Lecrim).

---

51. El *partido judicial* es una demarcación territorial que ha sido determinada para efectos de organización judicial y que está compuesta por varios municipios colindantes, pertenecientes a una misma provincia. En algunos partidos existe un solo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción; sin embargo, en otros se ha separado el Juzgado de Instrucción (penal) del Juzgado de Primera Instancia (civil).

52. Por ejemplo, diputados autonómicos, miembros del Gobierno autonómico, jueces, magistrados y miembros del Ministerio Fiscal por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos en la comunidad autónoma correspondiente.

- *Tribunal Supremo (TS):* es la cúspide del Poder Judicial en España. A través de la Sala de lo Penal conoce del recurso de casación y del proceso de revisión penal. También tiene competencia para conocer los juicios contra altas autoridades y demás personas aforadas establecidas en la ley (art. 57.1 LOPJ).

3. Otros órganos judiciales

- *Tribunal del Jurado (TJ):* está formado por nueve jurados (ciudadanos legos) y un magistrado-presidente (profesional). Este tribunal puede incardinarse dentro de una AP, de un TSJ o del TS (art. 83 LOPJ). Es competente para conocer ciertos delitos expresamente establecidos en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (LOTJ).[53]
- *Audiencia Nacional (AN):* su competencia se extiende a todo el territorio nacional y conocerá los juicios por los delitos más graves que se pueden cometer en España (art. 65 LOPJ).[54] En el ámbito criminal, cuenta con una Sala de lo Penal y una Sala de Apelaciones. Asimismo, con relación a los delitos indicados en el art. 65 LOPJ, tendrán competencia a nivel nacional el Juzgado Central de Instrucción, Juzgado Central de lo Penal, Juzgado Central de Menores y el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria.
    -

IV. TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

A través de la celebración de convenios y tratados internacionales, España se somete a la jurisdicción de varios tribunales supranacionales, específicamente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y la Corte Penal Internacional (CPI).

---

53. Los delitos que activan la competencia del TJ están regulados en el art. 1 LOTJ y son los siguientes: homicidio, amenazas, omisión del deber de socorro, allanamiento de morada, infidelidad en la custodia de documentos, cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a funcionarios, infidelidad en la custodia de presos.

54. La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá del enjuiciamiento, salvo que corresponda en primera instancia a los Juzgados Centrales de lo Penal, de las causas por los siguientes delitos:

Delitos contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, altos organismos de la Nación y forma de Gobierno.

Falsificación de moneda y fabricación de tarjetas de crédito y débito falsas y cheques de viajero falsos, siempre que sean cometidos por organizaciones o grupos criminales.

Defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia.

Tráfico de drogas o estupefacientes, fraudes alimentarios y de sustancias farmacéuticas o medicinales, siempre que sean cometidos por bandas o grupos organizados y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias.

Delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles.

Delitos atribuidos a la Fiscalía Europea en los artículos 22 y 25 del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, cuando aquella hubiera decidido ejercer su competencia.

Cápitulo 6. La Fiscalía: organización y posición jurídica

I. LA FUNCIÓN DE LA FISCALÍA EN EL DESARROLLO DEL PROCESO PENAL

(1) En el *procedimiento de investigación*, la Fiscalía tiene el dominio del proceso (en detalle, *infra* § 8 nm. 1).

En el *juicio oral*, ella sostiene la acusación. El representante de la Fiscalía en la audiencia lee los cargos de la acusación (§ 243, inc. 3.º, 1.ª oración), tiene derecho a formular preguntas (§ 240, inc. 2.º, 1.ª oración) y requerir pruebas (§§ 244 ss.), realiza una exposición final (el alegato, § 258) y puede impugnar la sentencia mediante recursos (§ 296).

Finalmente –lo cual no será motivo de comentario en este libro–, la Fiscalía se ocupa de la *ejecución penal* (§ 451), es decir, de la realización de la decisión judicial (que debe ser distinguida de la ejecución penal como realización de la pena).

II. LA ESTRUCTURA DE LA FISCALÍA

(2) Las fiscalías se erigen allí donde hay un *Tribunal Estadual.* En la cúspide de la «Fiscalía ante el Tribunal Estadual X» se ubica como «primer funcionario» (director de la Oficina, § 144 GVG) un fiscal superior director. También hay fiscales ante los *Tribunales Superiores Estaduales.* Allí, el primer funcionario se llama fiscal general. Estas fiscalías tienen su propia competencia (§ 142 GVG). Ante el Tribunal Municipal no hay ninguna Fiscalía, sino a lo sumo una oficina o representación externa de la Fiscalía ante el Tribunal Estadual. En cuestiones que pertenecen a la competencia del juez penal (§ 25 GVG), puede actuar un fiscal auxiliar (cf., p. ej., art. 14, inc. 2.º, 1.ª oración BayAGGVG).

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

El fiscal no es independiente, sino que tiene superiores (al respecto *infra* III). La Fiscalía es una autoridad pública. Todos los fiscales se subordinan en última instancia al ministro de Justicia. La Fiscalía está organizada *monocráticamente*; las fiscalías son consideradas como una unidad (§ 142 GVG). La jerarquía de las autoridades alcanza su cima en el Estado Federal. La justicia es asunto de los estados federados.

Sin perjuicio de ello, existe también una Fiscalía ante el BGH, la *Fiscalía Federal*, dirigida por el procurador general federal. La competencia normal de la Fiscalía Federal consiste en representar a la acusación en el proceso ante el BGH (o sea, en asuntos de casación). Junto con ello existe una competencia especial para determinados casos, en los cuales es competente el Tribunal Superior Estadual en primera instancia (§ 142a GVG).

Sin embargo, las fiscalías de los estados federados en ningún caso están subordinadas a la Fiscalía Federal.

III. EL FISCAL COMO FUNCIONARIO

1. La estructura jerárquica

(3) El fiscal no es independiente como el juez, ni está sometido únicamente a la ley. El primer funcionario de la respectiva Fiscalía es considerado como titular del cargo. Aunque *de facto* los fiscales subordinados a él trabajan en gran medida de modo independiente y bajo su propia responsabilidad; jurídicamente, empero, actúan como representantes del Director de la Oficina: la Fiscalía está organizada *jerárquicamente* (de forma burocrática, § 144 GVG).

A la estructura monocrática (cf. *supra* nm. 2) y burocrática corresponden el derecho a impartir instrucciones, el derecho de sustitución y el derecho de devolución.

2. El derecho a impartir instrucciones

(4) El derecho a impartir instrucciones (§ 146 GVG) pertenece al ministro de Justicia y al director de la Oficina ante el Tribunal Estadual y el Tribunal Superior Estadual (sobre el contenido y los límites, cf. *infra* nm. 11).

3. El derecho de sustitución

(5) El ministro de Justicia y el director de la Oficina cuentan también con el derecho de sustitución. Esto es, la facultad de realizar encargos a un fiscal, así como de retirarle y transferirle determinadas tareas.

Ejemplos:

– El fiscal superior director ante el Tribunal Estadual de Múnich I puede ordenar que en el juicio oral contra el acusado X, que tiene lugar ante el

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Tribunal de Jurados de Múnich, actúe el fiscal B como representante en la audiencia en lugar de A, que normalmente es quien debería sostener la acusación.

- El fiscal general ante el Tribunal Superior Estadual de Múnich puede confiar esta tarea a un fiscal de Traunstein (e incluso comisionar a otra autoridad – Fiscalía).[55]
- El ministro de Justicia, para este proceso, puede destinar a un fiscal que actúa dentro de la competencia del Tribunal Superior Estadual de Bamberg.

4. El derecho de devolución

(6) El derecho de devolución le confiere al primer funcionario de la Fiscalía ante el Tribunal Estadual y el Tribunal Superior Estadual la facultad de colocarse en el lugar del funcionario «realmente» competente y asumir la totalidad del caso o actividades oficiales individuales.

> **Ejemplo**: El Fiscal Superior Director se encuentra como oyente en la sala de audiencias. Él no está de acuerdo con la representación en el juicio que realiza el fiscal X y se hace cargo del asunto él mismo.

El ministro de Justicia no es fiscal. Por consiguiente, no cuenta con el derecho de devolución.

IV. EL CARGO DEL FISCAL

En este panorama general se trata solo del perfil de la Fiscalía. Las funciones individuales serán comentadas con mayor detalle allí donde cumplen sus roles principales.

1. Los principios

(7) En el derecho procesal penal alemán, las funciones del acusador y del juez se encuentran separadas (si investigar desde el inicio, acusar luego y juzgar finalmente por sí mismo sobre el reproche formulado fuera solo un asunto del juez, ello no haría más que confirmar los prejuicios; así, tendencialmente, en el proceso inquisitivo medieval). Allí donde no hay acusador, no hay juez. Sin acusación no se llega a un proceso (*principio acusatorio*; cf. *infra* § 18 nm. 5 s.).

(8) Solo la Fiscalía tiene la facultad para acusar (excepción: acusación privada, cf. *infra* § 39 nm. 3 ss.). En este monopolio reside un factor de poder. Si se acusa, el caso llega al tribunal; pero si este es sobreseído, es retirado «del

55. BGH, *NStZ* (1998), 309.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

mundo». Para equilibrar este poder existe el deber de acusar. Frente a una sospecha suficiente, la Fiscalía debe interponer la acusación (§ 170, inc. 1.°). Este deber de acusar se conoce como *principio de legalidad* (cf. *infra* § 18 nm. 7 s.; una denominación poco feliz, pues con ello no se alude al deber, derivado del principio del Estado de derecho, de cumplir las leyes). Solo excepcionalmente, por razones de conveniencia, la Fiscalía tiene permitido prescindir de una acusación y sobreseer un asunto (*principio de oportunidad*, §§ 153 ss.).

(9) Pero la Fiscalía no tiene solo el derecho y el deber de acusar en caso de sospecha suficiente. Además, está obligada a proceder de oficio detrás de cada sospecha y a poner en marcha las investigaciones (§ 160, inc. 1.°). La persecución penal en su conjunto es un asunto del Estado (*principio de oficialidad*).

(10) Si bien la Fiscalía prepara la acusación y la sostiene luego ante el tribunal, de todas formas, está constreñida a la *objetividad*, es decir, a realizar también investigaciones de descargo (§ 160, inc. 2.°). Por este motivo, ella no es parte. Debe velar en cada estadio del procedimiento por la observancia del ordenamiento procesal. En razón de esto se la llama también la «autoridad más objetiva del mundo» y se la designa como «guardiana de la ley». Si en los hechos esto se corresponde con la realidad, es, en rigor, otra pregunta.

2. La libertad de acción del fiscal

(11) Estos deberes de formular acusación y de llevar adelante investigaciones objetivas confieren al fiscal derechos y libertades respecto de su superior, cuyo derecho de impartir instrucciones tiene límites. No pueden impartirse instrucciones ilícitas. Si ello sucede, el fiscal tiene que objetar (§§ 63, inc. 2.° BBG; 36, inc. 2.° BeamtStG), es decir, exponer sus reservas al superior y, eventualmente, dirigirse en contra de su decisión al superior más próximo. Si la instrucción se mantiene, el fiscal puede continuar rehusando su cumplimiento si la conducta que se le ha ordenado fuera punible, si ella representara una contravención o si pudiera lesionar la dignidad humana. Las instrucciones de este tipo no son vinculantes. Si hay polémica al respecto y el fiscal se ampara en su convicción personal, el superior no puede instarlo a que obedezca y debe hacer uso de su derecho de devolución o de sustitución. Justamente porque existen estos derechos es que puede concederse al fiscal más libertad de acción respecto de su convicción personal sobre la «solución justa».

> **Ejemplo**: El fiscal informa a su superior acerca de un proceso por cohecho y le comunica que requerirá un año y medio de pena de prisión y que no se opondrá a una ejecución condicional. El superior afirma «para mí jamás hay ejecución condicional en casos de cohecho» e imparte la instrucción de alegar en favor de por lo menos dos años.

Esta instrucción es ilícita porque se sustenta en un uso defectuoso de la discrecionalidad («jamás en casos de cohecho»). Además, para las decisiones sobre

la pena adecuada por requerir, se necesita la impresión inmediata sobre el juicio oral, que el superior no tiene. Por esta razón, finalmente, el fiscal no debe acatar la orden. Sin embargo, esto no constituye, como sostiene la opinión mayoritaria, una particularidad relacionada con el juicio oral, sino simplemente la consecuencia de la libertad de acción del fiscal –recién mencionada– y de su derecho a no tener que actuar en contra de sus convicciones personales.

3. La sujeción de la Fiscalía a la jurisprudencia

(12) Un problema diferente, en cambio, es si la Fiscalía puede imponer su convicción acerca de la «solución correcta» también frente a la jurisprudencia. Se trata aquí, de la pregunta, sobre si el fiscal tiene permitido acusar aunque él deba contar con que los tribunales, por razones jurídicas, habrán de absolver; y sobre todo de la pregunta (inversa), si él debe acusar cuando, por un lado, considera una conducta como no punible, pero sabe, por otra parte, que la jurisprudencia sostiene otra opinión. Es discutible cuál es el alcance de la independencia de la Fiscalía –proclamada en el § 150 GVG– con respecto a los tribunales (en detalle, *infra* § 12 nm. 5).

V. LA POSICIÓN JURÍDICA DE LA FISCALÍA

(13) Un panorama resumido revela que, si bien la Fiscalía pertenece al Ejecutivo, tiene una fuerte afinidad con el Poder Judicial.

A favor de la ordenación en el Poder Ejecutivo cuenta:

- la estructura como autoridad jerárquica y monocrática,
- el derecho de impartir instrucciones, el derecho de devolución y de sustitución del superior.

La afinidad con el Poder Judicial se funda mediante:

- el deber de objetividad,
- el poder de adoptar decisiones propias sobre el asunto (a través del sobreseimiento),
- el rol como «guardiana de la ley»,
- las tareas de preparación y ejecución de las decisiones judiciales.

En razón de este doble rol, se considera a la Fiscalía como un «órgano de la Administración de Justicia» relativamente independiente.

VI. LA FISCALÍA EUROPEA[56]

Como precursora de la Fiscalía Europea (EUStA) ha sido instituida la *Eurojust*, una oficina central de cooperación de las fiscalías nacionales. Como contraparte de la Europol (v. *infra* § 7 nm. 4), se apoya en la antigua «tercera columna» de la cooperación policial y judicial en asuntos penales y ha sido, entretanto, incluida en el derecho primario (art. 32, inc. 1.° y 2.°, EUV).

El art. 86 AEUV (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) prevé –desde el Tratado de Lisboa– la creación de una Fiscalía Europea con el objetivo de mejorar la persecución de los hechos punibles en contra de los intereses de la Unión. La base del trabajo de la Fiscalía Europea, la cual comenzó a operar el 1.6.2021,[57] se encuentra en el reglamento que el año 2017 acordaron, en primer lugar, 20 Estados miembros, en el marco de una cooperación reforzada.[58] Si tienen lugar actividades de la Fiscalía, corresponde que fiscales europeos «delegados» realicen investigaciones a nivel de los Estados miembros, quienes, en su caso, deben promover la acusación ante los tribunales de los Estados miembros. Esto debe ser coordinado a nivel de Fiscalía Europea.[59]

Casos y preguntas

9. ¿Cómo está organizada la Fiscalía?
10. ¿Quién se halla a la cabeza de la Fiscalía ante el Tribunal Estadual o el Tribunal Superior Estadual?
11. ¿Cómo se llama la Fiscalía erigida ante el Tribunal Supremo Federal, por quién está dirigida y en qué consiste su competencia?
12. La Fiscalía Federal, ¿está por encima de las fiscalías de los estados federados?
13. El Fiscal Superior Director ante el Tribunal Estadual Múnich X no está de acuerdo con la representación del fiscal Y en un asunto penal determinado ante el Tribunal Estadual Múnich. ¿Está facultado para reemplazar a Y por otro fiscal?
14. ¿Tiene el ministro de Justicia el derecho de devolución?
15. ¿Qué principios caracterizan el cargo de fiscal?
16. ¿Por qué se denomina a la Fiscalía «la autoridad más objetiva del mundo»?
17. El fiscal K quiere presentar una acusación contra el acusado V por estafa. Su superior, no obstante, le imparte la instrucción de sobreseer el proce-

56. Radtke, *GA* (2004), 1.
57. Para más información, véase https://www.eppo.europa.eu/.
58. Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (EUStA), Diario Oficial de la Unión Europea, L 283, 1 ss. (EUStA- VO).
59. Cf. Ambos (2018), § 13 nm. 27 ss.; *el mismo* (2017), 638 ss.

so contra V por falta de sospecha suficiente. ¿Se encuentra K sujeto a la instrucción de su superior?

18. ¿Debe el fiscal formular acusación cuando, por motivos jurídicos, considera una conducta como no punible, pero, por otro lado, conoce que la jurisprudencia sostiene otra opinión?
19. ¿Es la Fiscalía un órgano del Poder Judicial o del Ejecutivo?

Comentarios desde la perspectiva española

I. LA FUNCIÓN DE LA FISCALÍA EN EL DESARROLLO DEL PROCESO PENAL

El MF es un órgano de relevancia constitucional, con personalidad jurídica propia, cuya regulación se encuentra en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF). De acuerdo con el art. 124 CE, el MF tiene por misión promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante ellos la satisfacción del interés social.

Concretamente, el MF es quien ejerce la acción penal, si bien no es una labor que realice de forma exclusiva, ya que como veremos más adelante (v. § 6. VI), el ordenamiento jurídico español permite también a otras personas constituirse como parte acusadora (acusación popular, acusación particular y acusación privada). Además, el MF dirige la investigación criminal en los procesos contra menores de edad; en el resto de los casos, esta función corresponderá al juez de instrucción, según explicaremos en breve.

II. LA ESTRUCTURA DE LA FISCALÍA

El MF es un órgano único para todo el Estado español y está organizado de forma jerárquica. Está compuesto por:

- *La Fiscalía General del Estado:* el fiscal general del Estado es la principal autoridad del MF. El titular de este cargo es nombrado por el rey, a propuesta del Gobierno, habiendo oído al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), para que ejerza sus funciones durante cuatro años.
- *Varios consejos:* el Consejo Fiscal, la Junta de Fiscales de Sala y la Junta de Fiscales Superiores de las comunidades autónomas.
- *La Fiscalía del TS:* integrada por el teniente fiscal, fiscales de sala y fiscales del TS.
- *Un conjunto de fiscalías:* Fiscalía ante el TC, Fiscalía ante la AN, Fiscalía ante el Tribunal de Cuentas, Fiscalía Jurídico-Militar, fiscalías especiales

(antidroga, de corrupción y criminalidad organizada), fiscalías de las comunidades autónomas, fiscalías provinciales, fiscalías de área.

III. PRINCIPIOS ORGÁNICOS Y PRINCIPIOS RELATIVOS A SU ACTUACIÓN

Sus principios orgánicos son el de unidad y el de dependencia. En primer lugar, la unidad implica que hay un solo MF para todo el Estado español, y ejerce su jefatura el fiscal general del Estado. El fiscal jefe de cada Fiscalía actúa en representación de la institución, al igual que los demás fiscales. En segundo lugar, la dependencia se refiere, externamente, a la relación del MF con el Gobierno, a quien está subordinado a través del Ministerio de Justicia y, a nivel interno, a la dependencia funcional que existe entre los fiscales. En este sentido, el fiscal general del Estado puede impartir órdenes e instrucciones a sus subalternos.

Con relación a la actuación del MF se aplican los principios de legalidad y de imparcialidad. Así pues, la legalidad significa que los fiscales deberán actuar conforme a lo que está establecido en la CE y las demás leyes. La imparcialidad determina que los miembros del MF actuarán con objetividad en la defensa de los intereses que les están encomendados. Esto implica que el fiscal podría solicitar la absolución del acusado si llega a considerar que es lo que procede legalmente.

IV. LA FISCALÍA EUROPEA

La Fiscalía Europea es el órgano de la Unión Europea (UE) que se encarga de la investigación y acusación de aquellos delitos supranacionales cometidos contra los intereses económicos de la UE (incluyendo el fraude de ayudas o subvenciones europeas, la corrupción que afecte a fondos transferidos pro la UE, los delitos graves de defraudación de IVA transfronterizo, entre otros). En España, está regulada en la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. Con esta ley se atribuye al Ministerio Fiscal, además de la función de acusar, también la de instruir,[60] con lo cual se ha dado en España un paso más hacia la posible adopción de la figura del fiscal instructor.

---

60. Es la segunda vez que se configura así en el ordenamiento jurídico español, ya que anteriormente se había incluido la función instructora de la Fiscalía en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (v. capítulo 6.I). Aparentemente, esta será la tendencia a seguir por el legislador español, puesto que el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal atribuye la instrucción criminal, de forma general, al MF (v. capítulo 6.V).

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

V. LA DIRECCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL EN ESPAÑA: EL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN

En España, la dirección de la investigación corresponde al JI que, si bien es un órgano judicial, es diferente al que conocerá el juicio y dictará la sentencia (que podría ser, por ejemplo, el JP o la AP). Se habla por ello de que en España el proceso penal es acusatorio formal o mixto, siendo que existe una parte que ejerce la acusación –usualmente el MF– ante el tribunal que juzgará el caso. Por tanto, el papel del JI será el de dirigir la etapa de instrucción en la averiguación de la comisión del delito, sus circunstancias y las personas responsables. El JI actúa de oficio, con el auxilio de la Policía Judicial, pero también puede ordenar que se realicen las diligencias de investigación solicitadas por el MF o por las demás partes. A su vez, el JI es el garante de la proporcionalidad y constitucionalidad de aquellos actos de investigación que puedan incidir en los derechos fundamentales (escuchas telefónicas, entradas y registros, apertura de paquetes postales, etc.).[61]

VI. LAS DIFERENTES PARTES ACUSADORAS EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

A diferencia de lo que ocurre en otros países, en España el MF no tiene el monopolio de la acción penal. Ciertamente, el MF será la parte acusadora, pero junto a él pueden existir también otras personas ejerciendo de forma autónoma la acusación:[62]

- *La acusación particular:* puede constituirse como parte acusadora la persona ofendida por el delito, es decir, la víctima. Puede hacerlo interponiendo querella[63] o bien compareciendo a través de un escrito y solicitando su incorporación como parte procesal (v. también capítulo 39.II).
- *La acusación popular:* el art. 125 CE reconoce a los ciudadanos españoles (tanto a personas físicas como jurídicas) el poder de ejercitar la acción popular. Con ello se promueve la acción de la justicia en defensa de la legalidad y del interés público, ante la comisión de un hecho aparentemente

61. Existe actualmente en España un Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal que propone un cambio radical con relación al tema que estamos analizando. Si se aprueba esta reforma legal, será el MF quien pase a dirigir la investigación criminal y habrá un juez de garantías encargado de autorizar y supervisar las diligencias de investigación que tengan incidencia en los derechos fundamentales.
62. Estas otras partes acusadoras ejercen una acción propia, diferente a la del MF. En este sentido, pueden solicitar al JI la realización de actos de investigación y formularán su propia acusación, proponiendo una calificación jurídica y una pena que, ajustándose siempre a los parámetros legales, no tienen por qué coincidir con lo que proponga el MF.
63. Hemos explicado anteriormente la diferencia entre denuncia y querella, v. capítulos 4 y 8.II.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

delictivo. Existen tres requisitos: tener nacionalidad española, que se trate de un delito público[64] y que se presente una querella.

La acusación privada: para la persecución de los delitos privados se requiere la interposición de una querella por parte del ofendido. En estos casos, el acusador privado es el único titular de la acción penal y, por tanto, no ejercerá la acusación el MF (v. también § 39. III).

64. Son delitos públicos aquellos cuya investigación se puede iniciar de oficio. En cambio, se consideran delitos semipúblicos aquellos que, de acuerdo con el CP, requieren una denuncia por parte de la persona ofendida para que se pueda iniciar su investigación. Finalmente, los delitos privados son las calumnias e injurias contra particulares y únicamente pueden perseguirse cuando la víctima interponga una querella.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Capítulo 7. La Policía

La Fiscalía puede «realizar por sí misma investigaciones de todo tipo o hacerlas realizar por los funcionarios del servicio policial» (texto del § 161, inc. 1.º, 1.ª oración).

Qué son las investigaciones y cuáles son las facultades de injerencia que tienen las autoridades de investigación, será materia de comentario en el capítulo próximo. Aquí se trata (solamente) de la organización de la Policía, de su relación con la Fiscalía y de sus principales tareas en el procedimiento penal.

I. LA ORGANIZACIÓN

(1) 1. La competencia en materia de leyes sobre la organización y las tareas de la Policía descansa, según el art. 30 GG, en los estados federados (cf., p. ej., BayPOG y BayPAG). La Policía está subordinada al Ministerio del Interior.

2. La Federación tiene órganos policiales propios con competencias delimitadas estrictamente.

(2) *a*) La Oficina Criminal Federal (BKA), establecida –con base en los arts. 73, núm. 10 y 87, inc. 1.° GG– por la ley sobre la institución de un departamento policial federal de investigación criminal,[65] tiene las tareas de:

- operar como oficina nacional central de la Organización Internacional de Policías de Investigación Criminal (IKPO/Interpol; § 3, inc. 1.° BKAG);
- buscar y analizar informaciones y documentos para el combate policial contra el crimen; realizar investigaciones criminalísticas y estudios; elaborar análisis y estadísticas y elaborar informes (§ 2 BKAG);
- combatir la criminalidad internacional o que opera más allá del territorio de un estado federado.

Las facultades para la lucha contra la criminalidad, sin embargo, permanecen en manos de los estados federados, excepto, entre otros, en los casos de:

- crímenes organizados internacionalmente (§ 4, inc. 2.°, n.º 1 y 3 BKAG);

65. *BGBl*. I (1951), 165.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

– ataques a los órganos constitucionales de la Federación y de sus huéspedes extranjeros (§ 4, inc. 1.°, n.º 2 BKAG), que por cierto también son protegidos por la BKA (§ 6 BKAG, «Grupo de Seguridad Bonn);
– en casos en los que es requerido por el procurador general federal (§ 4, inc. 2.°, n.º 3 BKAG).

(3) *b*) La Oficina Federal para la Protección Constitucional, establecida –también con base en los arts. 73, núm. 10 y 87, inc. 1.° GG– por la ley sobre trabajo conjunto de la Federación y los estados federados en asuntos de protección constitucional,[66] debe combatir iniciativas hostiles a la Constitución, si bien solo se le han asignado a tal efecto tareas de «recopilación y análisis de informaciones, noticias y otros documentos» (§ 2 de la ley). La Oficina para la Protección Constitucional carece de facultades policiales de injerencia.

c) La Policía Federal[67] cumple, entre otras, tareas policiales en las fronteras y en los establecimientos de los ferrocarriles federales.

d) Los inspectores fiscales tienen, en asuntos penales tributarios, los deberes (§ 208 OA) y las facultades (§ 404 AO) de la Policía como sujeto investigador al servicio de la Fiscalía. En relación con las autoridades financieras, también deben mencionarse los inspectores aduaneros, quienes actúan como policía, sobre todo en la investigación y la persecución del lavado de dinero organizado internacionalmente (§§ 12a y b ZollVG), así como en los delitos económicos con conexión con el extranjero (§ 27 AWG, § 37 MOG).

(4) 3. Organismos internacionales

a) Interpol es una organización internacional de la policía de investigación criminal que se describe a sí misma de la siguiente manera:[68]

> Our full name is the International Criminal Police Organization and we are an intergovernmental organization. We have 194 member countries, and we help police in all of them to work together to make the world a safer place.
>
> To do this, we enable them to share and access data on crimes and criminals, and we offer a range of technical and operational support.

En contra de una extendida idea, Interpol no tiene facultades operativas, sino que es solo una organización intergubernamental de coordinación.[69]

---

66. *BGBl.* I (990), 2954, 2970, última enmienda *BGBl. I* (2021), 2274.
67. «Ley sobre el cambio de denominación de la protección de fronteras federales en la Policía Federal», del 21 de junio de 2005, en vigor desde el 1 de julio de 2005.
68. <https://www.interpol.int/Who-we-are/What-is-INTERPOL>, fecha de última visita 8.7.2021.
69. Respecto a Interpol, v. Meyer/Hüttemann, *ZStW* 128, (2016), 394, 399 s. y 408 ss.; sobre la difícil protección contra las *red notices* (solicitudes de búsqueda mundiales) de Interpol, véase Kruse, *StV* 2021, 677.

b) La OLAF (Office européen de lutte antifraude)[70] debe proteger los intereses financieros de la UE y proceder en caso de estafa o corrupción en los órganos de la UE.

c) La Oficina Central de la Policía de Investigación Criminal EUROPOL[71] administra con especial atención un sistema informativo con datos sobre los delincuentes, sospechosos, testigos, víctimas, contactos e informantes. De esta base pueden servirse las autoridades nacionales. EUROPOL no cuenta con facultades ejecutivas en los Estados miembros. El flujo de información se alimenta de organismos de enlace nacionales (por ejemplo, la BKA alemana) y oficiales de enlace establecidos por la Europol.[72]

II. POLICÍA Y FISCALÍA

La Fiscalía puede realizar investigaciones por sí misma (§ 161 inc. 1.°, 1.ª oración). Esto tiene lugar efectivamente, por ejemplo, en los delitos capitales (es decir, asesinato, homicidio, etc.) y sobre todo en asuntos penal-económicos. En la mayoría de los casos, sin embargo, ella recurre al trabajo investigativo de la Policía.

(5) Según el § 161 inc. 1.°, 2.ª oración, la Policía está obligada a actuar conforme a las directrices de la Fiscalía. La Fiscalía puede escoger entre dos caminos.

Puede dirigirse con un «requerimiento» a la autoridad policial, cuyo director determina luego qué funcionarios policiales realizarán la actividad investigativa (según una opinión minoritaria, la Fiscalía puede acudir con un requerimiento directamente a funcionarios policiales individuales, aunque en ese caso, asume el riesgo de haber contactado al funcionario incompetente; debería, por consiguiente –así la doctrina mayoritaria– respetar la autonomía de la autoridad policial).

(6) La mayoría de los funcionarios policiales son al mismo tiempo «personal de investigación de la Fiscalía» (desde el inspector hacia arriba).[73] El fiscal puede dirigirse a ellos directa e inmediatamente con un «encargo» (§ 152, inc. 1.° GVG).

(7) 2. Pero la Policía no debe esperar a ser comisionada por la Fiscalía. Ella tiene el «derecho de primera intervención»; ella puede, en consecuencia, tomar la iniciativa por sí misma e iniciar investigaciones (§ 163). Cuando existe la sospecha de un delito, ella tiene incluso el deber de hacerlo (principio de legalidad) y más aún, de oficio (principio de oficialidad).

---

70. Decisión de la Comisión de 28.4.1999 (Diario Oficial de las Comunidades Europeas –en adelante DO− L136, 1999); de 27.9.2013 (DO L257, 2013); de 25.3.2015 (DO L81, 2015); de 18.12.2015 (DO L333, 2015). En relación con las tareas de la OLAF, cf. el Reglamento de la Unión Europea n.º 883/2013 en su versión modificada n.º 2016/2030.
71. Reglamento de la Unión Europea n.º 2016/794.
72. Más detalladamente, Ambos (2018), § 13 nm. 7 ss.; *el mismo* (2017), 612 ss.
73. Cf. las disposiciones estaduales sobre los órganos de investigación de la Fiscalía; en Baviera, Ziegler-Tremel, núm. 755. Los órganos de investigación se llamaban anteriormente «funcionarios auxiliares» de la Fiscalía, y han sido jerarquizados lingüísticamente por la JuMoG.

(8) 3. Cuando la Policía esclarece hechos punibles, actúa en una función represiva. Además, cumple la tarea preventiva de impedir delitos. Para ello, dispone de todas las facultades de las leyes policiales y de seguridad estaduales. Si desempeña una tarea represiva, solo se puede apoyar en los fundamentos de intervención que establece la StPO. Los datos provenientes de un trabajo preventivo no pueden emplearse, en principio, con fines represivos. En caso contrario podrían ser eludidas fácilmente las garantías de la StPO. De todas formas, esto es sumamente controvertido y ha merecido pocas precisiones. Sin embargo, existen excepciones, en casos en los que la medida también hubiera podido realizarse según el derecho procesal penal (§ 161, inc. 3.° y § 100 e, inc. 6.°, n.º 3 (cf. *infra* § 28 nm. 30). A la inversa, la Policía tiene permitido hacer uso de las informaciones de tipo personal provenientes del proceso penal de acuerdo con las directrices de las leyes policiales (§ 481 inc. 1).

4. Represión y prevención entran no raramente en conflicto.

Ejemplo: Las ruedas de un vehículo policial han sido pinchadas. Cerca del lugar merodea un grupo de unos veinte jóvenes. Uno de ellos pudo haber sido. Bajo el auto de la Policía se halla un cuchillo. Si se los identifica a todos y se investigan las huellas dactilares en el cuchillo, se podrá aclarar quién ha sido el autor. La Policía desiste de esta acción (con lo cual se expone a ser objeto del reproche del § 258a StGB, por no intervenir frente a la sospecha de un delito), porque tras mucho esfuerzo ha logrado establecer un buen trato con el grupo y no desea comprometer las ventajas de ese trabajo preventivo.

(9) El derecho de la Fiscalía de impartir instrucciones a la policía se limita a su función represiva. Sin embargo, muchas intervenciones de la Policía tienen fines preventivos y, a la vez, represivos (las denominadas medidas con doble función). La opinión posiblemente mayoritaria se pregunta en este sentido por el objeto principal de la actuación policial.[74] Según otra postura, desde la existencia de una sospecha inicial solo puede procederse según la StPO.[75] En esta relación debe mencionarse también la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal sobre las denominadas «legendierten Maßnahmen» (medidas que persiguen un fin represivo, pero son camufladas como medidas *meramente* preventivas), según la cual los fundamentos de la intervención del derecho de Policía y de la StPO podrían complementarse. Las actuaciones preventivas y represivas, por así decirlo, podrían entrecruzarse.[76]

Con todo, es concebible que el superior de los policías y el fiscal impartan instrucciones contrarias (como en el caso de un asalto a un banco con toma de rehenes en Múnich: «disparar»-«no disparar»). En cualquier caso, aquí debería ser decisivo el objeto principal de la actividad. No obstante, ese objeto principal, por lo general no puede ser aprehendido (como lo muestra el anterior ejemplo,

74. *Beulke/Swoboda* (2020), nm. 103; MüKoStPO/*Kölbel,* § 160 nm. 10.
75. Por ejemplo, KK-StPO/Schmidt/Schoreit (2019), § 152 GVG nm. 18.
76. BGH, *NJW* (2017), 3173, 3176.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

relativamente ingenuo). Ante la duda, deberá reservarse la última decisión a la Policía, que es la que debe convivir con este conflicto.[77]

Casos y preguntas

20. ¿Qué órganos policiales pertenecen al Estado Federal?
21. ¿De qué manera entra en acción la Policía en el procedimiento preliminar?
22. ¿Qué funciones cumple la Policía?
23. La Fiscalía dispone de un derecho de dar instrucciones a la Policía. ¿A qué función de la Policía está limitado este derecho?
24. ¿Qué funciones de la Policía en su faz represiva le resultan conocidas?
25. ¿En qué se diferencian los funcionarios policiales que son órganos de la investigación del resto de los funcionarios policiales?

Comentarios desde la perspectiva española

En España, la función de la Policía Judicial comprende el auxilio a los juzgados y tribunales y al MF en la averiguación de delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes (arts. 126 CE y 547 LOPJ). Dicha función compete a todos los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, tanto si dependen del Gobierno central como de las comunidades autónomas o de los entes locales, en su respectivo ámbito de actuación.[78] En este sentido, dentro de las fuerzas y cuerpos de seguridad se han establecido unidades de Policía Judicial que, aunque orgánicamente dependen del Ministerio de Interior, funcionalmente dependen de las autoridades judiciales y del MF. Esto significa que los miembros de la Policía Judicial actúan bajo la dirección de los jueces y tribunales competentes en materia penal y del MF, y quedan obligados a seguir las instrucciones que de ellos reciban.

En esta línea, corresponden a las unidades de Policía Judicial las siguientes funciones (art. 549 LOPJ):

---

77. V. Directiva para el procedimiento penal y el procedimiento de multas (RiStBV), anexo A III, sobre aplicación directa de coerción.
78. V. Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En España, la estructura de las fuerzas y cuerpos de seguridad está basada en tres niveles administrativos: nacional, autonómico y local. En el nivel nacional, la Policía depende del Gobierno central (Guardia Civil y Policía Nacional). Existen también policías dependientes de las comunidades autónomas (por ejemplo, los *Mossos d'Esquadra* en Cataluña, la *Ertzaintza* en el País Vasco y la *Foruzaingoa* en Navarra). Finalmente, encontramos las policías locales (entre ellas la Policía Local, la Guardia Urbana y la Policía Municipal).

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

- La averiguación acerca de los responsables y circunstancias de los hechos delictivos y la detención de los primeros, dando cuenta a la autoridad judicial y fiscal.
- El auxilio a la autoridad judicial y fiscal en cuantas actuaciones deba realizar fuera de su sede y requieran la presencia policial.
- La realización material de las actuaciones que exijan el ejercicio de la coerción y que ordenara la autoridad judicial.
- La garantía del cumplimiento de las órdenes y resoluciones de la autoridad judicial y fiscal.
- Otras funciones de esta misma naturaleza, que requieran la cooperación o auxilio policial.

Por tanto, la Policía se encarga de la investigación del crimen, incluso antes de que se incoe formalmente el proceso penal. Así, su tarea puede iniciarse por iniciativa propia, cuando tenga conocimiento de la existencia de unos hechos que pueden constituir un delito. En otros casos, su actuación estará motivada por el cumplimiento de las órdenes emitidas por la autoridad judicial o el MF.

También la Lecrim establece cuál es la función de la Policía Judicial con relación a la investigación criminal (arts. 282-298 Lecrim) y cuáles son las primeras diligencias que deben realizarse al tener noticia de la posible comisión de un delito, llamadas diligencias de prevención. Se indica que será obligación de la Policía Judicial averiguar los delitos que se cometieran en su territorio o demarcación, practicando, según sus atribuciones, «las diligencias necesarias para comprobar y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial» (art. 282 Lecrim). Además, deberá realizar una primera valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar, provisionalmente, las medidas de protección que deban adoptarse para garantizar su protección. No obstante, la decisión final sobre dichas medidas de protección corresponderá a la autoridad judicial.

Los funcionarios de la Policía Judicial extenderán el *atestado policial*, que es un documento (o conjunto de documentos) en el que se hacen constar todas las diligencias practicadas. Allí se detallarán los hechos investigados, se incluirán las declaraciones e informes que se hayan recibido y se consignarán todas las circunstancias observadas que pudieran ser fuentes de prueba o indicios de la comisión del delito. El atestado será remitido a la autoridad judicial, para informarle sobre las detenciones y demás actuaciones practicadas. Además, cabe destacar que los atestados redactados por la Policía Judicial son considerados denuncias para los efectos legales. En este sentido, el atestado policial puede ser el acto que formalmente dé inicio al proceso penal. Posteriormente, llegada la fase del juicio oral, se requerirá la declaración testifical del agente de la Policía que redactó el atestado para poder otorgarle validez probatoria.

Capítulo 8. El procedimiento de investigación

I. LAS COMPETENCIAS

1. El dominio del proceso

(1) En el procedimiento de investigación, el dominio del proceso reside en la Fiscalía. Si bien la Policía tiene el «derecho a la primera intervención» (cf. *supra* § 7), la Fiscalía permanece también en ese caso a la cabeza del procedimiento de investigación (§ 163, inc. 2°, 1ª oración). En el «plano externo», le serán imputables a ella también las investigaciones iniciadas y realizadas «interna» y autónomamente por la Policía.

El juez solo puede entrar en acción cuando la Fiscalía se lo requiere (§ 162). Excepcionalmente, en caso de peligro en la demora, el juez puede tomar la iniciativa como «fiscal de emergencia» (§ 165).

2. El juez de investigación

(2) El juez de investigación desempeña su cargo ante el Tribunal Municipal (§ 162, inc. 1.°, 1.ª oración).

a) La Fiscalía debe acudir a él cuando quiere promover diligencias de investigación que solo el juez puede ordenar (orden de detención, § 114) o que él debe aprobar (determinadas acciones de agentes encubiertos, § 110b, inc. 2.°).

b) La Fiscalía puede recurrir a él cuando lo considere necesario. La independencia del juez resulta aquí limitada. El juez solo puede controlar si el llamado a su intervención es admisible (§ 162, inc. 2.°), pero no si ello es oportuno.[79] Eso lo evalúa la Fiscalía según su propia competencia y el juez está sujeto a esa evaluación.

Ejemplo: La Fiscalía solicita el interrogatorio judicial de un testigo. El juez no tiene permitido desestimar esto con el argumento de que la Fiscalía puede interrogar

79. *LG* Freiburg, *NStZ* (1993), 146, 148.

testigos por sí misma (§ 161a). Frecuentemente es oportuno contar en el juicio oral con el acta de un interrogatorio judicial (cf. § 251, inc. 2.°; estas declaraciones son susceptibles de ser leídas en mayor medida que las actas de «otros» interrogatorios según el inc. 1.°, incluso realizadas por la Fiscalía; en detalle, *infra* § 27 nm. 5).

c) La competencia del juez de investigación culmina con la formulación de la acusación. A partir de allí, resuelve el tribunal a cargo del asunto (cf. *infra* § 12 nm. 40).[80]

II. LA SOSPECHA

(3) La sospecha de un hecho punible desencadena para la Fiscalía y la Policía el deber de comenzar de oficio con las investigaciones y de «averiguar los hechos» (§§ 160, inc. 1.°; 163, inc. 1.°).

La «sospecha» es un concepto central en el derecho procesal penal. Seguridad, certeza y «verdad» existen recién al final del juicio oral cuando el tribunal ha arribado a un convencimiento sobre el curso de los acontecimientos (§ 261). En los estadios previos no hay hecho ni autores, sino solo sospecha del hecho e imputados.

Consecuentemente, las injerencias y las medidas de coerción solo pueden fundarse en la «sospecha». Estas injerencias presentan distinta gravedad e intensidad. Por ello, el legislador ha distinguido diferentes grados de sospecha (en el apartado pertinente serán explicados en detalle).

Sinopsis 1: Sospecha

Sospecha inicial: existen indicios reales suficientes respecto de un hecho punible; una muy pequeña sospecha basta.

Sospecha suficiente: en la evaluación provisoria del hecho, la condena del imputado debe resultar probable (más probable que una absolución).

Es necesaria para la acusación (§ 170, inc. 1.°) y la apertura del procedimiento principal (§ 203).

Sospecha vehemente: la probabilidad de que el imputado ha cometido un delito es grande, mayor aún que en la sospecha suficiente. Es necesaria, p. ej., para el dictado de una orden de detención.

III. SOSPECHA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

(4) En el proceso penal, por tanto, todas las medidas hasta la sentencia son adoptadas «sobre la base de la sospecha»; mejor dicho, son fundadas con base en la sospecha. Como contrapeso de estas facultades de injerencia existe la

80. *BGHSt* 27, 253.

presunción de inocencia: «hasta la demostración legal de su culpabilidad, se presume que el acusado de un delito es inocente» (redacción del art. 6, inc. 2.° CEDH).

Este principio no requiere el artificio –psicológicamente imposible– de tener por inocente a alguien respecto de quien se presume (y de quien también, en el caso concreto, se tiene permitido presumir, fruto de diversos indicios incriminantes) que es culpable. No debe «suprimirse mentalmente» que alguien es probablemente culpable. Únicamente no puede tratárselo como un (probable) culpable. La presunción de inocencia marca un límite normativo a la posibilidad de imponer cargas al imputado; ella determina la medida razonable de la intensidad de la injerencia. El imputado se halla bajo sospecha y, por esta razón, debe tolerar ciertas medidas de injerencia. Si posteriormente resulta que no se lo puede condenar como culpable, las medidas adoptadas previamente en su contra pueden aún considerarse «justificadas». Las injerencias pueden y deben ser configuradas solamente de modo que puedan ser justificables respecto de un sospechoso que sea en verdad inocente. Este es el sentido (normativo) de la presunción de inocencia, estrechamente emparentado con el principio de proporcionalidad.

> **Ejemplo:** A se halla bajo la sospecha de haber cometido un homicidio en una situación conflictiva. No hay indicios de que podrían haber influido en el hecho alcohol, medicamentos o drogas. A fin de aclarar esto, estaría permitido extraer una muestra de sangre (§ 81a). No obstante, iría demasiado lejos una extracción de orina practicada forzosamente. No podría exigirse a un inocente que se someta a este procedimiento. Puede ocurrir que A alegue posteriormente haber ingerido diversos medicamentos, y que el perito –si lo acepta como parte de su diagnóstico psíquico– no pueda descartar ya la procedencia de los §§ 20 y 21 StGB. Sin embargo, la verdad no puede averiguarse a cualquier precio y, aquí, el precio que debería pagar un posible inocente es demasiado alto.

IV. LA SOSPECHA INICIAL

1. El concepto

(5) Toda sospecha obliga a las autoridades de la persecución penal a dar comienzo a un procedimiento de investigación. Para ello, basta una «sospecha inicial», es decir, indicios fácticos que de acuerdo con la experiencia criminalística permitan concluir que existe un hecho punible perseguible.[81]

Este es un concepto límite, pues señala el grado menos intenso de la sospecha.[82] Lo que se ubica debajo de este umbral, no constituye siquiera aún una sospecha.

81. Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 152 nm. 4; Beulke/Swoboda (2020), nm. 311.
82. Si concurren otros indicios, una sospecha inicial debe poder vincularse incluso a un comportamiento legal (BVerfG, *NJW* (2014), 3085, 3088, en relación con el caso del parlamentario de las filas del SPD Edathy; crítico: *Satzger*, FS Beulke (2015), 1009).

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Las meras suposiciones y las posibilidades, no respaldadas por indicios fácticos concretos, no fundan todavía ninguna sospecha.

> **Caso 1:** En el Departamento de Hacienda de la ciudad bávara W, funcionarios solícitos confeccionaron la declaración tributaria de amigos y conocidos; allí, ingresaron gastos extraordinarios inexistentes y, de esta manera, lograron reintegros injustificados. Podría pensarse que esta práctica también ha existido en otras oficinas de Hacienda.

Esta hipótesis es, por cierto, suficientemente plausible. Pero no es más que una hipótesis, una pura presunción, que no se halla corroborada por indicio alguno. No existe una sospecha inicial que justifique emplear los medios de las autoridades de la persecución penal.

> **Caso 2:** En el Departamento de Policía ubicado en F se ingresa una denuncia anónima: el funcionario de Hacienda X sería de la misma calaña que sus colegas en W.

Esto es suficiente. Ahora existe algo más que la posibilidad general y teórica de que podría haber ocurrido un hecho punible. Incluso las denuncias anónimas, que no contienen más que una «noticia», pueden fundar una sospecha inicial que deberá ser investigada para corroborarla o desestimarla.

> **Caso 3:** La Policía se entera de que algo extraño podría ocurrir en la Administración de la ciudad X. Algunos extranjeros obtienen permisos de residencia, otros no, y probablemente hay sobornos de por medio.

Una sospecha contra un «desconocido» es suficiente. El concepto de la sospecha inicial solo comprende la existencia de elementos fácticos suficientes acerca de un hecho; en un primer momento, no tiene que indicarse necesariamente algo sobre un autor concreto.[83]

> **Caso 4:** El perjudicado A denuncia por el delito de daños a la contraparte de su accidente, B, quien no había respetado la prioridad de paso.

Nada sugiere aquí la existencia de dolo. Por falta de indicios fácticos suficientes, el órgano de la persecución penal se rehusará a instruir un procedimiento de investigación.

> **Caso 5:** A efectúa una denuncia contra Z, quien lo habría incriminado mediante una declaración falsa prestada bajo juramento, tal como ahora está en condiciones de acreditar. El acontecimiento data de seis años atrás.

Este hecho, como sea que se le califique, estaría prescrito y, por lo tanto, no sería ya perseguible. El deber de intervención existe solamente ante hechos punibles y perseguibles.

---

83. BGH, *StV* (1988), 441.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

(6) Existen también «investigaciones previas». Cuando no está claro si las circunstancias conocidas hasta el momento ponen de manifiesto una conducta punible, la policía debe entonces sondear primero a fin de decidir si interviene según el § 152, inc. 2.° y, de esta manera, da inicio al procedimiento de investigación.

Respecto de *supra* § 1 nm. 1 (caso 1): allí, la policía debe realizar primero dichas investigaciones previas, de modo que pueda decidirse si debe iniciarse un procedimiento de investigación (así, p. ej., corroborar las afirmaciones de J. S. y formarse por sí misma un cuadro de la situación).

También la Fiscalía examina de antemano si los indicios que ha obtenido revelan una sospecha inicial.

Fiscalía y Policía, entonces, intervienen cuando existe una sospecha inicial. Pero ¿cómo se enteran de los indicios relacionados con un hecho punible? Esto puede ocurrir mediante la denuncia penal, la solicitud de persecución penal u otras vías.

2. Las fuentes: denuncia penal, solicitud de persecución penal y otras vías

a) La ley distingue en el § 158, inc. 1.° entre denuncia penal y solicitud de persecución penal.

(7) La *denuncia penal* es la comunicación de una serie de hechos que sugieren un delito, es decir, una declaración de *conocimiento.*

La *solicitud de persecución penal* contiene también este elemento y, además, el deseo de que las autoridades de la persecución penal investiguen y acusen, es decir, contiene una declaración de *voluntad.*

En general, las personas no distinguen con tanta precisión. La mayoría de las veces, a la denuncia penal va adherida una solicitud de persecución penal. La «denuncia penal», incluso en el lenguaje de los juristas, se ha convertido en el concepto general.

Las denuncias pueden ser anónimas, seudónimas, inconsistentes o confidenciales; siempre deben ser procesadas, es decir, debe examinarse a continuación si ellas dan sustento a una sospecha inicial y, consecuentemente, al deber de intervención.

b) La solicitud de persecución penal según el § 158, inc. 2.°

(8) La mayoría de los delitos son *delitos perseguibles de oficio.* Si la sospecha se dirige hacia uno de estos delitos, debe investigarse, y el denunciante no puede obstaculizar la marcha de la investigación «revocando» su denuncia.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

En los *delitos de instancia* es indispensable una solicitud de persecución penal del ofendido para la persecución penal. La ley toma en cuenta sus intereses y le permite bloquear la persecución penal –con sus efectos perturbadores y perjuicios adicionales–, no presentando la solicitud de persecución penal, o bien, retirándola. La Fiscalía, pues, no puede continuar investigando con miras a una acusación, ya que falta un presupuesto procesal (en detalle al respecto, *infra* § 14 nm. 19); ella debe sobreseer el procedimiento. La solicitud de persecución penal según el § 158, inc. 2.° tiene por tanto una función diferente a la del inc. 1.°.

Sinopsis 2: La solicitud de persecución penal como presupuesto procesal

(9) Las preguntas esenciales referidas a una solicitud de persecución penal como presupuesto procesal

¿Quién?	El ofendido (§ 77 StGB). Es «el portador del bien jurídico inmediatamente lesionado por el hecho, es decir, aquél en cuyo ámbito de derechos ha intervenido el autor mediante la acción prohibida». Además, los parientes, en casos determinados legalmente (§ 77, inc. 2.° StGB).
¿Dónde?	Ante el Tribunal, la Fiscalía u otra autoridad de persecución penal, es decir, la Policía (§ 158, inc. 2.°).
¿Cómo?	Por escrito o por acta (§ 158, inc. 2.°).
¿Cuándo?	A partir del conocimiento del hecho y del autor (§ 77b, inc. 2.° StGB).
¿Cuántas veces?	Solo una; las solicitudes de persecución penal que han sido revocadas no pueden renovarse (§ 77d, inc. 1.° StGB).

c) Conocimientos obtenidos en servicio

(10) Cuando en su actividad de servicio o en su función de instancias de persecución penal la Fiscalía o la Policía se enteran de circunstancias que fundamentan una sospecha inicial, deben intervenir por sí mismas o procurar que actúen los funcionarios competentes.

Ejemplos: El fiscal S del Departamento de Criminalidad Económica advierte en las investigaciones por un caso de estafa que, evidentemente, han existido también infracciones a la ley de armas. Él debe investigar estos indicios por sí mismo o enviarlos a la sección competente.

El policía P es consultado telefónicamente en su casa por un alterado vecino en horas de la noche. Este le comunica que, hace un momento, ha sido víctima de una fuga del lugar del accidente, y le pide poner en marcha algún procedimiento «porque él

(P) después de todo está en la Policía». P debe hacerlo. Él ha sido requerido «como policía».

d) Conocimientos obtenidos privadamente

(11) Caso 6: El fiscal S se encuentra en la sauna el viernes por la tarde y uno de los que integran la tertulia cuenta acerca de un negocio que –como evidentemente desconoce– presenta signos evidentes de lavado de dinero punible.

S, naturalmente, puede dar curso a investigaciones (del mismo modo que cualquiera podría también formular denuncia penal). La cuestión solamente es, si él debe hacerlo, o si se arriesga a una punibilidad según el § 258a StGB en caso de que no lo haga. La opinión dominante responde afirmativamente, «cuando a través del tipo y de las dimensiones del hecho punible se afecten intereses públicos y de la comunidad en una medida especial».[84] En contra de esto existen dos objeciones decisivas. La fórmula es demasiado indeterminada:[85] ¿se cumplen siempre sus presupuestos cuando se trata de lavado de dinero?, ¿o depende del valor de la suma?, y ¿qué sucede cuando los indicios sugieren lavado de dinero imprudente? Pero, por sobre todas las cosas, la opinión mayoritaria se entromete demasiado en la vida privada de fiscales y policías, que tendrían entonces que decirle a sus conocidos que lamentablemente están «siempre de servicio». Contrariamente a lo que sostiene la posición prevaleciente, no hay un deber de investigar a partir de conocimientos privados.[86]

Casos y preguntas

26. ¿Quién es la «jefa del procedimiento de investigación»?
27. Para un mejor esclarecimiento de los hechos, el testigo Z debe ser juramentado. ¿Qué debe hacer el fiscal competente?
28. ¿Qué tipos de sospecha existen?
29. ¿Cuándo deben iniciar un procedimiento de investigación las autoridades de la persecución penal?
30. ¿Cuál es la diferencia entre denuncia penal y solicitud de persecución penal?
31. ¿Cuándo se necesita de una solicitud de persecución penal?
32. ¿Debe el fiscal iniciar investigaciones cuando toma conocimiento privado de hechos con relevancia penal?

84. LR/Erb 27 y ss.; *BGHSt* 12, 277, 280 s.; *BGHSt* 38, 388, 392.
85. Véase, sin embargo, BVerfG, *NJW* (2003), 1030: no hay afectación al mandato de determinación previsto en el art. 103 inc. 2.° GG.
86. Así, también LR/Rieß, § 160 nm. 29.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Comentarios desde la perspectiva española

La primera fase del proceso penal es la de investigación, conocida en España con los nombres de «procedimiento preliminar», «sumario» o «instrucción». Una vez que esta finaliza, y si se cumplen las condiciones necesarias, se pasará a la fase de juicio oral, que se resolverá a través de una sentencia. Dicha sentencia puede ser recurrida, pero una vez que sea firme y no se pueda impugnar más, entonces se iniciará la fase de ejecución.

Concretamente, el sumario está formado por el conjunto de actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y en la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos (art. 299 Lecrim).

I. LAS COMPETENCIAS

Durante el procedimiento preliminar son esenciales las funciones realizadas por la autoridad judicial, el MF y la Policía. Dado que hemos explicado sus competencias en los capítulos anteriores, nos limitamos ahora a recordar en qué consisten:

- *Actuación judicial:* la formación y dirección del procedimiento preliminar corresponde al JI que sea competente. No obstante, en ciertos casos será competente el JVSM (si se trata de un delito de violencia de género y la víctima es una mujer) o algún otro tribunal (por ejemplo, si se investiga a una persona aforada, en cuyo caso uno de los magistrados del tribunal enjuiciador asumirá las facultades de instrucción).
- *Actuación del MF:* su papel principal consiste en ser la parte acusadora pública. En ciertos casos puede realizar las diligencias de investigación iniciales, ya sea por sí mismo o a través de la Policía (art. 773.2 Lecrim), con el propósito de llevar a cabo las actuaciones imprescindibles para comprobar el hecho y determinar la persona responsable. Seguidamente, dará cuenta al JI para que sea este quien continúe con la instrucción. Adicionalmente, el MF es quien instruye en el proceso penal de menores.
- *Actuación policial:* la Policía puede actuar por iniciativa propia para realizar las diligencias de prevención necesarias ante la comisión de un delito. Pero, además, actuará siguiendo las órdenes del JI o del MF, para la averiguación de los hechos criminales y de las personas responsables.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

II. EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO

Para comprender cómo se inicia un proceso penal debemos partir del hecho que el Derecho penal únicamente puede ser aplicado por el Estado y no por los particulares. El monopolio del *ius puniendi* por parte del Estado significa, por un lado, que solo este puede crear y hacer cumplir la ley penal (definiendo en abstracto cuáles son los delitos y sus penas, pero además determinando en cada caso particular si se ha cometido un delito, la persona responsable y la pena que deberá cumplir). Por otro lado, este monopolio conlleva una vertiente judicial, ya que la aplicación del Derecho penal se hará exclusivamente por el Poder Judicial y necesariamente a través del proceso.

Así pues, dado que el Estado tiene el monopolio del *ius puniendi*, se obliga a que todos los hechos aparentemente delictivos, en cuanto sean conocidos, lleven a poner en marcha el proceso y con ello se intenta que ningún crimen quede impune. El Estado español, que ha tipificado un acto como delito en el CP, no puede después consentir que dejen de perseguirse esos hechos criminales, porque se generaría la impunidad.[87] Esto constituye el *principio de necesidad* y explica por qué debe iniciarse el proceso penal cada vez que la autoridad tenga conocimiento de la posible comisión de un delito.[88]

Ahora bien, la iniciación formal del proceso puede darse a través de dos actos diferentes:

- *La denuncia*, que es un acto procesal por el que una persona emite una *declaración de conocimiento*, por medio de la cual informa a la autoridad competente sobre un hecho que reviste los caracteres de delito. La denuncia es una forma de transmitir la *notitia criminis*. El acto de denunciar puede realizarse de forma oral o escrita y no implica que el denunciante se convierta en parte procesal. Usualmente la denuncia se interpone ante la Policía, pero puede también efectuarse ante el juzgado de guardia o el MF. Es importante recordar que el atestado policial tiene valor legal de denuncia, de modo que, si la Policía tiene conocimiento de unos hechos de carácter delictivo, realizará por su cuenta las diligencias iniciales de investigación policial, redactará el atestado y lo remitirá al JI competente, con lo cual se dará inicio al procedimiento preliminar. La denuncia puede presentarse por cualquier persona que sea conocedora de la comisión de un delito.[89]

La querella, en cambio, es un acto procesal consistente en una *declaración de voluntad*, dirigida por una persona al órgano judicial competente para la

87. Montero Aroca, Gómez Colomer y Barona Vilar (2019, 233-234).
88. En esta línea, el inicio del proceso penal en España se explica desde el principio de necesidad, sin centrarse en la concepción de la sospecha en el sentido que explica Volk.
89. La Ley regula supuestos en los que existe una obligación de denunciar (por ejemplo, cuando el personal sanitario, por motivo de su trabajo, tiene las sospechas de que unas lesiones son consecuencia de un hecho criminal), así como casos en los que se está exento del deber de denunciar (por ejemplo, si existe un grado de parentesco estrecho con el infractor). V. Gómez Colomer y Barona Vilar (2021b, 163-165).

ISBN: 978-84-18432-78-1

DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

instrucción de la causa. Además de proporcionar la *notitia criminis*, con la querella se ejercita la acción penal, de forma que el querellante se convierte en parte acusadora (acusación particular, popular o privada). La querella siempre se interpone por escrito, con las formalidades y contenido que indica la ley (arts. 270-281 Lecrim). En ella se proponen las diligencias de investigación que a criterio de la parte deberían realizarse y, además, deberá ir suscrita por abogado y procurador. La interposición de la querella será indispensable para iniciar el proceso penal en el caso de los delitos privados, o para constituirse como acusación popular.[90] En cambio, será optativa para el acusador particular (que también puede constituirse como parte a través de un simple escrito) y para el MF (que puede incorporarse como parte acusadora a un proceso penal que ya haya sido iniciado por otra vía, por ejemplo, por atestado policial o por querella interpuesta por otra parte acusadora).

90. Con relación a los diferentes tipos de partes acusadores y la distinción entre delitos privados, públicos y semi-públicos, nos remitimos a lo antes expuesto en el capítulo 6.

Capítulo 9. El imputado

I. EL CONCEPTO, INTERROGATORIO, INSTRUCCIÓN

1. El concepto de imputado

(1) Caso 1: Se ha encontrado a una persona muerta, evidentemente víctima de un delito de homicidio. La Policía interroga a A. Lo tiene bajo sospecha de haber mantenido contacto con la víctima el día del hecho. Después de largos interrogatorios, A reconoce haber encontrado el cadáver.[91]

¿Debió A ser tratado como imputado ya desde el inicio del interrogatorio?

La sospecha de un hecho punible, con la que comienza un procedimiento de investigación, la mayoría de las veces se dirigirá (más tarde o más temprano) en contra de un «sospechoso» como potencial autor o partícipe. La sola situación objetiva y la intensidad de la sospecha, no transforman aún al sospechoso en imputado. Este rol procesal se adquiere recién a través de una decisión subjetiva, es decir, un acto de voluntad de los órganos de la persecución penal, que debe manifestarse:[92] el imputado es el sospechoso contra el cual se sigue un procedimiento penal como imputado.[93] Las medidas de injerencia que solo son admisibles respecto de un imputado –pero también aquellas relacionadas con la sospecha por un hecho punible, revelan la voluntad de persecución penal–. Los interrogatorios son ambivalentes, pues un sospechoso también puede ser interrogado como testigo (cf. §§ 55; 60, núm. 2.°). Para determinar qué calidad tiene el interrogado, dependerá aquí, de cómo se plantea el comportamiento del funcionario, desde la perspectiva del interrogado.

a) El momento

(2) En la decisión de tratar a alguien como imputado existe un margen de discrecionalidad. Este se encuentra limitado por la intensidad objetiva de la sospecha respecto al hecho punible. Si ese margen se sobrepasa arbitrariamente y,

91. Cf. *BGHSt* 37, 48.
92. BGH, *NStZ* (2007), 653.
93. *BGHSt* 10, 8, 12; 34, 138, 140.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

de esta forma, se priva al imputado (no instruido correspondientemente) de sus derechos a consultar un defensor o a guardar silencio, esto debe sancionarse con una prohibición de valoración (cf. *infra* nm. 11 ss.). [94]

> En el caso 1 no puede decirse que A debería haber sido instruido e interrogado como imputado desde el comienzo. La Policía tiene permitido esperar a que la sospecha se concrete y se amplíe, pero luego debe hacer saber al afectado que desde ahora se le considera como un imputado.

b) La manifestación

(3) El «acto de voluntad» de tratar a un sospechoso en adelante como imputado, no tiene necesariamente que declararse formalmente, sino que puede ser exteriorizado también de modo concluyente.

> **Sobre el caso 1**: Se configura el tratamiento como imputado cuando, luego de su confesión de haber encontrado el cadáver, A es detenido por la Policía y se le explica que al día siguiente será llevado ante el juez interviniente.

Acto de voluntad no significa declaración de voluntad. La imputación debe haberse manifestado, pero ella no necesariamente debe haberse comunicado al imputado. Se puede haber sido imputado sin haber estado enterado de ello.

> Ejemplo de este caso extremo son los §§ 163a, inc. 1.°; y 170, inc. 2.°, 2.ª oración: se sobresee el proceso, el imputado no ha sido interrogado (y no existen, por lo demás, los motivos que hacen necesaria una notificación).

El procedimiento de investigación es único e indivisible: si la Policía, como «brazo extendido»[95] de la Fiscalía, imputa a alguien sin su iniciativa o conocimiento, la Fiscalía debe pues atenerse a ello (y en el caso inverso no sería diferente).[96]

2. El imputado – el testigo

(4) Se es imputado o testigo.

Las diferencias notables entre estos roles procesales son:

---

94. Detalladamente BGH, *NStZ* (2007), 653, 654; (2008), 48; cf. también *NJW* (2019), 2627, 2630.
95. *BVerwGE* 47, 255, 263.
96. BGH, *NStZ* (2003), 671.

Sinopsis 3: El imputado – el testigo

El imputado	El testigo
No debe tolerar nada (activamente), sino solo pasivamente;	debe cooperar activamente mediante su declaración;
siempre puede guardar silencio, sin tener que dar motivos (§§ 136, inc. 1.°, 2.ª oración; 243, inc. 5.°, 1.ª oración);	solo excepcionalmente puede denegar la totalidad de la declaración o abstenerse de responder preguntas particulares, y debe dar motivos verosímiles (§§ 52 ss., 55 y 56);
puede mentir impunemente (nunca los §§ 153 ss.; pero eventualmente los §§ 145d, 164 y 258 StGB);	debe decir la verdad (se lo sanciona en los §§ 153 ss. StGB);
§§ 136, inc. 1.°, 2.ª oración; 243, inc. 5.°, 1.ª oración	§§ 52, inc. 3.°; 55, inc. 2.°; 57;

3. El «sospechoso»

(5) No existe el «sospechoso» como una tercera categoría de persona que puede ser llamada a prestar declaración. Cuando una sospecha ha traspasado una determinada intensidad, el sospechoso debe ser tratado como imputado; antes de eso, se es un testigo «del que se sospecha». Por consiguiente, los interrogatorios son solamente de imputados y de testigos.

No obstante, no toda conversación que tenga lugar con sospechosos es inmediatamente un interrogatorio. Existe a veces un estadio previo (al igual que puede haber «investigaciones previas», anteriores a la iniciación de un procedimiento de investigación; cf. *supra* § 8 nm. 6).

4. Interrogatorio informativo

(6) Caso 2: El jefe de una empresa manufacturera descubre un hurto –que habría sido cometido en el mismo día por uno de sus siete empleados– y llama a la Policía.

Todos son sospechosos, pero ninguno es ya por esa sola razón un imputado. La Policía puede, sin tener que instruir a alguien como testigo o imputado, hacer preguntas tanto tiempo como sea necesario hasta que la sospecha se concrete en una dirección determinada.[97]

Variante: Finalmente, solo tres empleados podrían ser los autores.

97. BGH, *NStZ* (1983), 86.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Ellos deben ser tratados como imputados, incluso si el hecho pudiera haber sido cometido por uno solo.

5. Manifestaciones espontáneas

(7) Caso 3: La policía toca el timbre a B y le comunica que se encuentran investigando por un hecho de huída del lugar del accidente. Aún antes de ser instruido sobre sus derechos, B comienza a hablar y explica dónde estuvo durante todo el día.

Estas manifestaciones espontáneas, recibidas por la policía solo pasivamente, han sido efectuadas fuera de un interrogatorio.[98] Pueden ser objeto de valoración porque no tuvo lugar ninguna indagación. Si el manifestante se convierte ahora en imputado, debe ser instruido antes de cada pregunta adicional.[99]

6. El interrogatorio del imputado

(8) Debe realizarse antes del cierre del procedimiento de investigación (cuando este no ha sido sobreseído; cf. *supra* nm. 3); § 163a, inc. 1.°, sin embargo, en casos sencillos es suficiente brindar la oportunidad para manifestarse en forma escrita (cfr. § 163a inc. 1, 2.ª oración). El videointerrogatorio simultáneo o el registro audiovisual del interrogatorio es obligatorio (desde el 1.1.2020), cuando al imputado se le reprocha un delito contra la vida cometido dolosamente y a esta posibilidad no se oponen ni «circunstancias externas», ni «una especial urgencia por realizar el interrogatorio», así como en casos con imputados merecedores de una protección especial, como los menores de edad (§ 136 inc. 4).[100] En los casos restantes, estas particularidades quedan sujetas a la discrecionalidad («puede») de los órganos encargados de la investigación.

a) El concepto de interrogatorio se caracteriza porque quien interroga «se presenta delante» del imputado (o testigo) «con carácter oficial (p. ej., como funcionario policial o aduanero, como fiscal o juez) y, en ese carácter, le requiere información».[101] Por ello, los interrogatorios informativos (cf. *supra*) son interrogatorios en sentido amplio (sin deberes de instrucción). De ellos se distinguen las manifestaciones espontáneas (cf. *supra* nm. 7), las cuales no tienen su origen en una exigencia formal de información, y también las declaraciones frente a particulares, aun cuando dichos particulares hayan sido puestos en contacto con el imputado deliberadamente por la policía (personas de confianza; en detalle, *infra* nm. 20; en relación con interrogatorios por investigadores encubiertos véase *infra* § 10 nm. 63).

b) En el procedimiento de investigación interroga:

---

98. Cf. BGH, *StV* (1990), 194, con comentario en contra de Fezer.
99. Si esto no ocurre, sus indicaciones no pueden ser valoradas; antes de un nuevo interrogatorio, debe ser instruido «cualificadamente»; cf. *infra* nm. 11.
100. Bundestag-Drucksache 18/11277, 25; SSW StPO/Eschelbach, § 136 nm. 140 y ss.
101. *BGHSt* 40, 211, 213; *BGHSt* GrS 42, 139.

– la Policía, §§ 163a, inc. 4.°; 136;
– la Fiscalía, §§ 163a, inc. 3.°; 136;
– el juez, en la detención o prisión preventiva (al respecto, *infra* § 10 nm. 14);
– el juez, a pedido de la Fiscalía, como juez de la investigación (cf. *supra* § 8 nm. 2).

Ante el juez y el fiscal hay un deber de presentarse, ante la Policía no (§§ 136; 163a, inc. 3.° y 4.°).

c) Al comienzo, el interrogatorio se centra sobre la persona. Esto solo sirve para comprobar la identidad del imputado (cf. § 111 OWiG). Las «relaciones personales» (§ 136, inc. 3.°), por ejemplo, ocupación, situación familiar y económica, etc., son circunstancias relevantes porque tienen importancia para la evaluación del hecho y las consecuencias jurídicas.
d) Luego se le comunica al imputado qué hecho (qué suceso fáctico) se le imputa. Jueces y fiscales, aunque no los funcionarios policiales, deben mencionar además las normas penales involucradas (§§ 136; 163a, inc. 4.°, 1.ª oración). A continuación, las instrucciones.

7. Los deberes de instrucción

(9) *a*) El imputado debe ser instruido de «que, según la ley, queda a su criterio manifestarse sobre la imputación o no declarar sobre la cuestión» (texto del § 136, inc. 1.°, 2.ª oración). Esta instrucción no puede ignorarse incluso cuando se suponga que el imputado conoce su libertad para declarar o cuando se presenta acompañado por su defensor.[102]

Nemo tenetur se ipsum accusare – nadie está obligado a poner en marcha un proceso contra sí mismo o a contribuir activamente a su inculpación. La libertad de declarar protege frente a la autoincriminación bajo coacción.[103] Es discutible en qué medida ella garantiza la libertad frente al error. El imputado no tiene que creer que está obligado a dar explicaciones o respuestas a quien lo interroga (el «funcionario»). El deber de instrucción lo protege frente a ese error.[104] Tal deber no se origina, por tanto, cuando una persona se acerca al imputado oculta y astutamente (agentes encubiertos, introducción deliberada de personas de confianza, etc.). La cuestión, sin embargo, es si ello constituye un engaño prohibido o una elusión del deber de instrucción, de modo tal que se configura una prohibición de valoración para las declaraciones así obtenidas (al respecto, *infra* nm. 19 ss.).

(10) *b*) Al mismo tiempo, debe ponerse en conocimiento del imputado de que cuenta con el derecho de «consultar con un defensor de su elección» (texto del § 136, inc.

102. *BGHSt* 38, 214, 220.
103. Cf. aquí BGH, *NJW* (2018), 1986 (la presencia de una agente de policía durante una inspección médica), la libertad de declaración también puede ser vulnerada fuera de un interrogatorio.
104. *BGHSt* GrS 42, 139, 147.

1.°, 2.ª oración)[105], y dado el caso, «deben ponerse a su disposición informaciones que le faciliten contactar un defensor» (3.ª oración) con lo cual deben dárseles indicaciones sobre el servicio de asistencia jurídica de emergencia (4.ª oración). Finalmente, en la medida que se trate de un caso de defensa necesaria, el imputado debe ser instruido sobre su derecho a realizar una solicitud de defensor obligatorio (5.ª oración).[106] Se observa que la instrucción que exige la ley no debe constituir una formalidad vacía, por el contrario, debe garantizar que el imputado pueda ejercer efectivamente su derecho a consultar con un defensor.

> **Caso 4:** El imputado, instruido adecuadamente, explica luego que, si bien desea efectuar declaraciones, quiere conversar antes con su defensor. El funcionario policial que lo interroga le deniega dicha posibilidad bajo el argumento de que él mismo (el imputado) es quien debe saber si quiere declarar o no. Él sería interrogado hasta que predomine la «claridad».[107]

Esto fue incorrecto. El interrogatorio debería haber sido interrumpido. El imputado debe poder conversar con un defensor la cuestión (que sin embargo ha de decidir él) referida a si debe declarar.[108]

8. Prohibiciones de valoración

La cuestión respecto a si pueden ser valoradas las declaraciones obtenidas como fruto de la infracción de los deberes de instrucción, no se presenta en el procedimiento de investigación, sino recién en el juicio oral.

a) La falta de instrucción acerca del derecho a guardar silencio.

(11) La falta de instrucción acerca del derecho a guardar silencio convierte la declaración en no susceptible de valoración.[109] Precisamente en la primera declaración en el procedimiento de investigación es cuando el imputado se encuentra en peligro

105. Los imputados extranjeros detenidos tienen derecho a un auxilio consular y deben ser instruidos al respecto; art. 36 Convención de Viena sobre relaciones consulares; *BVerfG, NStZ* (2007), 159. Una infracción de este deber del derecho internacional no da lugar a una prohibición de valoración, sino que debe ser compensado en el castigo, no a través de una reducción de la pena (solución de la determinación de la pena), sino mediante la afirmación de que una parte de la pena impuesta debe considerarse cumplida (solución de la ejecución de la pena); BGH, *NStZ* (2008), 168; contra la compensación, BGH, *NStZ* (2008), 356.
106. Tomando en consideración que el BGH en el año 2008 aceptó que una infracción al § 136 inc. 1.°, 5.ª oración, no trae consigo forzosamente una prohibición de valoración probatoria (BGH, *NStZ* (2018), 671), parece dudoso si dicha posición será mantenida, considerando la nueva regulación existente sobre el derecho a una defensa necesaria (en detalle, cf. Ahlbrecht/Fleckenstein, *StV* (2019), 661, 663 s.).
107. *BGHSt* 38, 372.
108. Por esta razón, no se puede preguntar permanentemente si él (el imputado) quisiera no obstante decir algo, cuando no ha tenido lugar nada nuevo –menosprecio y degradación del derecho a guardar silencio–; BGH, *NStZ* (2006), 286.
109. *BGHSt* 38, 214.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

«de inculparse inconscientemente».[110] Sin embargo, su declaración puede valorarse excepcionalmente cuando:

- es seguro que el imputado conocía su derecho de negarse a declarar.[111] Si se mantiene la duda sobre si la instrucción ha tenido lugar, la declaración no puede ser valorada; lo mismo vale si lo que está en duda es si la instrucción fue comprendida;[112] o
- si el defensor del imputado consiente la valoración o no la controvierte;[113] o
- si el defecto de la instrucción no realizada haya sido subsanado instruyendo y reiniciando el interrogatorio.[114] La instrucción, no obstante, debe ser «cualificada» con la indicación de que las declaraciones realizadas hasta el momento no pueden valorarse, a fin de que el imputado no crea que debe persistir en sus dichos.[115] La infracción del deber de efectuar una instrucción cualificada, de todas formas, no ha de ocasionar siempre una prohibición de valoración, sino solo cuando una ponderación revele que los intereses del imputado, en su situación concreta, pesan más que la infracción procesal y que el interés en el esclarecimiento de los hechos. Lo decisivo es si el imputado entiende que ya no puede apartarse de sus afirmaciones previas.[116]

Son susceptibles de valoración las manifestaciones espontáneas, porque ellas se realizan fuera de un interrogatorio (cf. *supra*, caso 3), y las declaraciones en el marco de un interrogatorio informativo (cf. *supra*, caso 2), porque en este estadio de las investigaciones no existía todavía un deber de instruir.[117]

b) El derecho denegado a la consulta con el defensor.

(12) Si el imputado no fue instruido acerca de este derecho o le ha sido denegado su ejercicio (cf. el caso *supra*, nm. 10) su declaración no puede valorarse.

El deber de instrucción sobre el derecho de consultar con un defensor, no tiene un peso menor que el deber de instrucción sobre el derecho a guardar silencio. «Ambos derechos del imputado se conectan estrechamente y, en el sistema de los derechos para la protección del imputado, aseguran las bases de su posición procesal. (…) Su derecho a la consulta con un defensor, justamente, tiene el sentido de asesorar al imputado acerca de hacer o no uso de su derecho a guardar silencio».[118]

---

110. *BGHSt* 38, 214, 221.
111. Porque, p. ej., es juez; BGH, *NStZ* (2005), 192.
112. Correctamente *BGHSt* 39, 349: Déficit de comprensión = déficit de conocimiento.
113. Respecto a que la denominada «solución de la contradicción» no rige en el procedimiento de investigación y el procedimiento intermedio, BGH, *NJW* (2019), 2627, 2629. Para una crítica a dicha solución, véase fundamentalmente *infra* § 28 nm. 22.
114. *BGHSt* 22, 129, 134.
115. BGH, *StV* (2007), 450.
116. BGH, *NStZ* (2009), 281 = *BGHSt* 53, 112; cf. también *infra* nm. 26.
117. BGH, *StV* (1990), 194; *BGHSt* 38, 214 228.
118. *BGHSt* 47, 172.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

II. MÉTODOS DE INTERROGACIÓN PROHIBIDOS

1. La estructura fundamental del § 136a

(13) El imputado debe poder decidir libremente si, qué y cuánto declara. Están prohibidos todos los medios (no solo los mencionados en el § 136a) con los cuales se interrumpe, elude o perturba esta «libre voluntad de decisión y de actuación». Este efecto no necesita ser acreditado en el caso concreto. No obstante, debe establecerse que el método de interrogación estaba prohibido (aquí no rige el *in dubio pro reo*;[119] en detalle, *infra* § 18 nm. 22). Si de esta manera fue afectada la libre voluntad es algo que puede permanecer en duda.[120] La norma vale también para el interrogatorio de testigos y peritos (§§ 69 inc. 3.°, 72) y para interrogatorios practicados a través de la Fiscalía o la Policía (§§ 161a, inc. 1.°, 2.ª oración; 163a, inc. 3.°, 2.ª oración e inc. 4.º, 2.ª oración). Ello es expresión del principio general de que, en el proceso penal, la verdad no puede investigarse a cualquier precio.[121]

2. Grupos de casos

(14) El § 136a no prohíbe únicamente determinadas acciones, sino que, en algunos casos, excluye también interrogatorios en un estado con el que las autoridades se encuentran, sin haberlo ocasionado. Aquí deben efectuarse diferenciaciones.

- **Maltrato**: están prohibidos maltratos de parte de quienes interrogan; así, por ejemplo, golpes, ruido, iluminación cegadora; no, sin embargo, interrogatorios de un imputado que fue maltratado (p. ej., el participante de una pelea que resultó lesionado en una golpiza y que aún se halla bajo la impresión del hecho).
- **Agotamiento**: lo decisivo no es que el interrogador hubiera agotado al imputado (p. ej., mediante un interrogatorio hasta la extenuación[122]), sino que este estuviera cansado, por más que el primero no lo haya advertido.[123]
  Las *injerencias* están constituidas en su mayoría por maltratos, el suministro de medicamentos o la aplicación de tormentos. Para estos grupos de casos quedan solo las pocas injerencias indoloras e inocuas.
- **Suministro de medicamentos**: no depende de que quien interroga los haya suministrado («suero de la verdad»), sino de que el imputado se haya encontrado bajo su influencia, aunque los hubiera ingerido por sí mismo e inadvertidamente antes.[124]

---

119. *BGHSt* 16, 164; sobre las exigencias del recurso de casación respecto de un motivo procesal, cf. BVerfG, *NStZ* (2002), 487.
120. *BGHSt* 34, 365, 369.
121. BVerfG, *NJW* (1984), 428.
122. *BGHSt* 12, 332; *BGHSt* 38, 291, 293.
123. *BGHSt* 1, 376, 379; *BGHSt* 13, 60.
124. LG Marburg, *StV* (1993), 238.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

- **Tormentos**: no solo está prohibida la tortura física. El imputado no debe ser tratado de forma denigrante, atemorizado, ni aterrorizado; obligarlo a contemplar el cuerpo de la víctima puede constituir un tormento.[125]

Excurso: Tortura. La prohibición de la tortura es absoluta, refractaria a la ponderación e indisponible (fundamentos jurídicos: art. 104, inc. 1.°, 2.ª oración GG; arts. 3 y 15 CEDH; Convención contra la Tortura de la ONU). Todo lo demás conduce inevitablemente a enormes dificultades. A partir del caso Magnus Gäfgen[126] volvió a discutirse en su momento si, en «casos excepcionales» y solo con «fines preventivos», podría autorizarse la tortura (a fin de que el autor confeso revele dónde ha escondido a la víctima del secuestro). Esto no admite discusiones, y todos los argumentos invocados a favor son tan débiles como peligrosos. En «casos excepcionales»: de esta forma ha sido justificado y ampliado todo catálogo de graves injerencias (p. ej., el espionaje acústico); el «argumento de la pendiente resbaladiza» debería ser tenido seriamente en cuenta para la tortura. ¿Tortura con fines solo «preventivos», mientras que para fines represivos debe permanecer por supuesto prohibida de modo estricto? ¡Qué juego de palabras artificioso! ¿Qué ocurre entonces cuando el «autor» no ha confesado, sino que solo es tenido como autor por la Policía? ¿Debe permitirse que sea torturado –actuación represiva y, «en verdad», estrictamente prohibida– hasta que confiese, para luego poder pasar finalmente a la tortura preventiva permitida? El «disparo final salvador» también estaría permitido, y si para un rescate estaría permitido incluso matar, pues entonces, un poco de tortura tendría que ser tolerable. Esta es una situación completamente distinta. ¿Hubiera ayudado disparar a Markus Gäfgen? Los casos extremos son difíciles de resolver. Si uno permanece en la posición de que la tortura no debe ser permitida bajo ninguna circunstancia, debe cargar con esas circunstancias y quizás con sus horrorosas consecuencias. Sin embargo, sería todavía más horroroso acercar la mano al diablo en la figura del torturador. El Estado de derecho no puede vender su alma.

(15) El *engaño* está prohibido; la «astucia», permitida. La delimitación es difícil. El funcionario que interroga no está obligado a decir todo lo que sabe. Callar no es ningún engaño.[127] Lo que dice debe ser cierto, pero puede no ser claro (explicaciones ambiguas, preguntas capciosas constituyen «astucia»). Se puede aprovechar un error del imputado (excepto, únicamente, sobre la libertad de declarar; § 136), pero no se puede provocar. Esto vale en todos los casos para una inducción (final) consciente al error.

Ejemplos:

– el imputado debería decir la verdad,
– la situación probatoria sería contundente y negar, por lo tanto, no conduciría a nada,
– los demás ya habrían confesado,
– se investigaría respecto de una persona desaparecida (cf. caso 1, nm. 3).

---

125. *BGHSt* 15, 187.
126. LG Frankfurt a.M., *StV* (2003), 325, con observaciones, Weigend, *StV* (2003), 436; sobre la discusión cf. Hamm, *NJW* (2003), 946; por otra parte: Miehe, *NJW* (2003), 1219; *EGMR GrK* (Gäfgen) *EuGRZ* (2010), 417; con observaciones instructivas Weigend, *StV* (2011), 325 y Ambos (2009), terrorismo, tortura y derecho penal.
127. *BGHSt* 33, 217; *BGHSt* 35, 328; *BGHSt* 39, 335, 348.

Después de un engaño no doloso, corresponde a quien interroga un deber de aclaración, tan pronto como él advierta que el imputado se halla en estado de error (idea de la injerencia; muy discutido).[128]

La *hipnosis* está prohibida, sin excepciones.

La *coacción* no puede ser ejercida más allá de las medidas de coerción previstas en la StPO. Si el imputado se siente bajo coacción (p. ej., en la prisión preventiva), ello no impide el interrogatorio ni la valoración de sus dichos.

La *amenaza con una medida procesalmente inadmisible* no consiste ya en indicaciones («su silencio no le sirve de nada»). Las amenazas con medidas admisibles están permitidas («si continúa sin hablar, realizaremos registros a gran escala»).

La *promesa de ventajas no previstas legalmente* se ofrece a través de un compromiso vinculante, en situaciones en las que, a lo sumo, sería admisible un pronóstico.

Ejemplos:

– la Fiscalía o la Policía prometen una pena en suspenso para el supuesto de una confesión. Es inadmisible, al respecto decide posteriormente el juez.
– la Fiscalía le explica al acusado que solicitará tres años con confesión y siete años sin ella: o bien promesa de una ventaja no prevista legalmente, o bien amenaza con una pena no adecuada a la culpabilidad.[129]
– la Fiscalía promete la excarcelación en caso de confesión. Es admisible como indicación de que solicitará la excarcelación (a ello se agrega que una confesión puede eliminar el motivo de prisión; así en el peligro de oscurecimiento, no en el peligro de fuga).
– la Fiscalía promete sobreseimiento según los §§ 154 y 154a para hechos nuevos que no le son conocidos hasta el momento, en caso de que el imputado se los revele.[130]

3. El alcance de la prohibición

(16) El § 136a, inc. 1.° no es aplicable al detector de mentiras (*polígrafo*). El método aplicado allí, por cierto, consiste en que se relaja el control de la conducta y se abre el espacio de lo inconsciente. Si el imputado se convierte voluntariamente en el objeto –que reacciona involuntariamente– de un examen, ello no resulta comparable con las situaciones del § 136a. Por el contrario, en el detector de mentiras son formuladas preguntas precisas sobre el hecho y preguntas neutrales de control. Este método se basa en simplificaciones psicológicas que, en definitiva, hacen que los resultados no

128. Cf. *BGHSt* 31, 395, 400; Achenbach, *StV* (1989), 516.
129. BGH, *NStZ* (2005), 393. Si un juez urge una confesión con esta «brecha sancionatoria», tiene lugar asimismo una infracción al § 136a que, por lo demás, puede fundar el temor de parcialidad; BGH, *NStZ* (2008), 170.
130. Cf. Volk, *NJW* (1996), 879.

sean utilizables para los fines de un proceso penal.[131] Por esos motivos, es un medio de prueba inidóneo; por tanto, el imputado tampoco puede exigir que sea empleado para probar su inocencia.

4. «Interrogatorios» privados

(17) De acuerdo con la doctrina dominante, el § 136a no rige para los casos en que los particulares quieren esclarecer hechos por cuenta propia o por encargo. Solo infracciones extremas a la dignidad humana (tortura) impiden la valoración de las declaraciones de los testigos o imputados afectados.

> **Ejemplo:** El hermano del asesinado golpea al sospechoso tanto tiempo, hasta que este confiesa.

Si bien la brutalidad del detective privado puede, de este modo, resultar «exitosa», esto da lugar a una elusión de las tareas de persecución penal estatal y las precauciones derivadas del Estado de derecho, y debe por consiguiente ser rechazado (cf. en detalle *infra* § 28 nm. 36).

5. Prohibición de valoración

a) Rasgos fundamentales

(18) El § 136a, inc. 3.°, 2.ª oración prohíbe la valoración de todas las declaraciones obtenidas a través de la violación del § 136a, inc. 1.°, 2.°, sean ellas correctas o incorrectas, inculpatorias o exculpatorias. Esta prohibición de valoración probatoria se sigue ya de la prohibición del método de prueba, según los principios generales de la teoría de las prohibiciones probatorias (cf. *infra* § 28 nm. 4 ss.). Sin embargo, no se sobreentiende que la valoración también esté prohibida cuando es el imputado quien la consiente. El sentido del inc. 3.°, 2.ª oración es disponer esto.[132]

b) Casos

> **(19) Caso 5:** El imputado, hasta el momento, ha guardado silencio. Permanece en prisión preventiva. Se le coloca en la celda un funcionario policial de civil como «compañero de sufrimiento». Él le confiesa el hecho a este supuesto codetenido.

Esta acción engañosa impide que la declaración pueda ser valorada.

---

131 Cf. *BGHSt* 44, 308; Rill/Vossel, *NStZ* (1998), 481 ss.; de otra opinión: sentencia del Tribunal Municipal de Bautzen de 26.10.2017, BeckRS (2017), nm. 41 ss.

132. Sumamente dudoso para los casos en los cuales la prueba «prohibida» sería beneficiosa para el imputado; ha quedado abierto en BGH, *NStZ* (2008), 706.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Caso 6: El «compañero de sufrimiento» es, en los hechos, un codetenido al que la Policía ha atraído e instruido tácticamente mediante la promesa de diversas ventajas.

No rige nada diferente. La conversación aparentemente privada es una «intromisión deliberada en la libre voluntad de decisión».[133] No se produjo mediante coacción (equívoco);[134] el imputado solo estaba obligado a «permanecer sentado», pero no a hablar. Lo decisivo es el engaño sobre la situación del interrogatorio. Se le ha tendido una «trampa acústica».[135]

(20) Caso 7: La Policía se enteró por E (una persona de confianza; en detalle *infra* § 10 nm. 4) que el imputado había confesado el hecho en una conversación telefónica con él; aquella persuadió a E para que llamara una vez más al imputado y los escuchó.

A primera vista, sucede lo mismo que en el caso 6. El Gran Senado del BGH, en una sentencia fundamental, lo juzgó de otra manera.[136] Este se opone al hecho de que, en verdad, la Policía actúa por sí misma. No se trata en efecto de un «interrogatorio» (sobre este concepto, *supra* nm. 8). Sin embargo, que el deber de instruir según los §§ 163a y 136 procure crear un «contrapeso»[137] solo para «equiparar la autoridad con la cual se realiza una indagación oficial», no es óbice para una aplicación a situaciones análogas a un interrogatorio, cuando la autoridad se esconde detrás de un «instrumento» privado y lo conduce. El BGH rechaza ese argumento, así como el de la elusión de la ley. Tampoco existe una infracción del § 136a –engaño– (a diferencia del caso 7). Los interrogatorios no tendrían por qué configurarse como un «acontecimiento abierto». La clandestinidad estaría cubierta a través del principio de la libre configuración del procedimiento de investigación (al respecto, *infra* § 10 nm. 1). Al fin y al cabo, según el BGH, no se violaría el principio *nemo tenetur* porque él solo garantizaría la libertad frente a la coacción, pero no la libertad frente al error (cf. *supra*, nm. 9). El argumento no va más allá de los §§ 136 y 136a ni desvirtúa las objeciones relacionadas con el montaje estatal de un pseudointerrogatorio. El BGH también las advierte, pero las trata solo en el marco de una ponderación; recurre al principio de proporcionalidad y hace retroceder el derecho general a la personalidad, el principio del Estado de derecho y el principio del proceso leal, cuando se trata de hechos punibles de relevancia considerable, que de otro modo serían de mucho más difícil esclarecimiento.

El BGH ya no se adhiere a la concepción de que el principio *nemo tenetur* no protege la libertad frente al error. El derecho a guardar silencio y a no tener que autoincriminarse forma parte del ámbito nuclear del proceso leal. Sirve, según la jurisprudencia del TEDH, «fundamentalmente a la libertad de una persona objeto de sospechas de decidir si quiere o no declarar ante las indagaciones policiales».[138] El BGH ha seguido ese criterio en un caso en el cual un agente encubierto había «sonsacado» al acusado «declaraciones autoincriminatorias a través de preguntas insistentes y haciendo

133. *BGHSt* 34, 362, 364.
134. *BGHSt*, *idem*.
135. Cf. KK-StPO/Diemer, § 136a nm. 6, 27; Beulke, *StV* (1990), 184.
136. *BGHSt* 42, 139.
137. *BGHSt* 42, 147.
138. TEDH, *StV* (2003), 257, 259.

referencia a una relación de confianza fingida»; declaraciones a las cuales él «no hubiera accedido en un interrogatorio formalmente regular».[139] «No es conciliable» con el principio de libertad frente a la autoincriminación «sonsacar manifestaciones autoinculpatorias sobre el asunto al imputado que ha ejercido su derecho a guardar silencio, en indagaciones deliberadas y similares a un interrogatorio que se realizan sin develar el fin persecutorio».[140]

(21) EL BGH ya había decidido previamente que el empleo de personas privadas para el esclarecimiento de hechos punibles tiene sus límites (principio del Estado de derecho, proceso leal), cuando a la clandestinidad de la pesquisa se le agregan otras circunstancias que perturban adicionalmente la libertad del imputado de manifestarse sobre el hecho.[141]

> **Ejemplo**: En el «caso de la adivina»,[142] se trataba de una reclusa que, trabajando conjuntamente con la Policía, pretendía leer el futuro de las mujeres presas en la borra del café y en las cenizas del cigarrillo; haciendo uso de sus poderes sobrenaturales, les prometía influenciar de tal manera a la Policía, la Fiscalía y la Judicatura, que se lograría una sentencia benigna o una absolución. El presupuesto para el empleo de sus habilidades, empero, era una confesión sincera, expresada por escrito. Si la disponibilidad para confesar era insatisfactoria, se las amenazaba con Alá.

El BGH indicó que los procedimientos señalados en el § 136a son solo ejemplos de una recolección probatoria prohibida, y dejó abierta la cuestión acerca de si el suministro de medios por particulares, en la situación especial de la prisión preventiva, debe imputarse a las autoridades de la persecución, o si el efecto coercitivo de la prisión preventiva «le confiere al método aplicado la impronta decisiva».

> **(22) Caso 8:** La policía le anuncia falsamente a la esposa del imputado que él será arrestado de inmediato. A continuación, este se comunica con su coautor, habla sobre el hecho y se autoincrimina. La llamada telefónica estaba siendo vigilada en virtud del § 100a.[143]

Sus declaraciones pueden ser valoradas. No las ha llevado a cabo en el marco de un interrogatorio, y la policía solo las ha provocado astutamente. No ha habido engaño, no se le ha tendido al imputado una «trampa acústica».

> **(23) Caso 9**: La policía tiene la voz del extorsionador en una cinta, pero carece de la prueba de que ella sea la voz del sospechoso A, quien, entretanto, había sido detenido por otra causa. Para lograr un cotejo de voces, se organiza una entrevista con el director del establecimiento carcelario, que es grabada con su aprobación, pero sin el conocimiento de A.

Este cotejo de voces no puede valorarse.[144] La violación punible del derecho general a la personalidad (confidencialidad de la palabra, § 201 StGB) no es el punto decisivo aquí. Este consiste más bien en la **«trampa vocal»**, es decir, en el hecho de que

139. BGH, *NStZ* (2007), 714, 715.
140. BGH (*idem*); cf. también BGH, *StV* (2012), 129 s., con observaciones críticas de Roxin.
141. *BGHSt* 42, 139, 154 s.
142. *BGHSt* 44, 129.
143. *BGHSt* 33, 217, 223.
144. *BGHSt* 34, 39.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

la prohibición de forzar al imputado a colaborar en el proceso penal no puede eludirse mediante engaño.[145] Esto es enseñado en la siguiente variante:

> **(24) Caso 10**: La policía interroga al imputado, deja abierta la puerta que da a la habitación contigua y, allí, permite escuchar a la víctima de la violación; una mujer que había indicado que no pudo ver la cara del autor, pero que podría reconocer su voz con seguridad.

Las respectivas declaraciones no pueden valorarse. El imputado debe tolerar ciertamente una confrontación; sin embargo, en una «confrontación acústica» él tendría que colaborar voluntariamente. A tal fin no se le puede ni coaccionar ni incitar mediante error para que se autoincrimine contra su voluntad.[146]

(c) Alcance, efecto continuado y efecto extendido.

(25) La prohibición probatoria prohíbe también la *valoración mediata* de la declaración. Esta (la declaración) no puede, por tanto:

- ser opuesta al imputado (sobre la oposición, § 26 nm. 3);
- ser reconstruida a través del interrogatorio de los funcionarios que lo practicaron o de otro testigo, que haya estado presente en el interrogatorio.

(26) No susceptible de valoración es solo aquella declaración que se ha obtenido de forma prohibida. La infracción del § 136a carece, en principio, de *efecto continuado*; sin embargo, la jurisprudencia ha aceptado en ocasiones que la presión ejercida (a saber, mediante una amenaza o tormentos) en relación con la primera declaración puede tener ese efecto en una nueva declaración.[147] Si, después de la instrucción cualificada, la cual siempre debería llevarse a cabo,[148] se interroga una vez más al imputado de modo regular, él ya no se halla consiguientemente bajo la influencia de métodos prohibidos; la segunda declaración sí puede valorarse.[149]

(27) Según la jurisprudencia, sumamente controvertida, tampoco existe un **efecto extensivo:**[150] solo la declaración en sí no puede ser objeto de valoración; si ella contiene indicios de otros medios de prueba, ellos pueden ser valorados.

> **Caso 11**: Bajo la influencia de tormentos psíquicos, el imputado ha confesado dónde ha escondido el cuerpo. Durante la autopsia se encuentra un proyectil, disparado con el arma del imputado.

---

145. Así también, *BGHSt* 34, 39, 46.
146. *BGHSt* 40, 66 (no suficientemente claro).
147. Cfr. *BGHSt* 15, 187; 17, 364; véase además LR/Gless, § 136a nm. 74.
148. Cfr. Roxin/Schünemann (2014), § 24 nm. 33 con referencias adicionales.
149. *BGHSt* 37, 48, 53. Sobre la constelación del imputado que conoce sus derechos o posibilidades y sobre la «instrucción cualificada», cf. *supra* nm. 11; exigida por BGH, *StV* (1994), 62, y mantenida en suspenso por BGH, *NStZ* (2009), 281.
150. Así, *BGHSt* 34, 362, 364.

Aquí, la declaración no puede introducirse en el juicio oral ni inmediata ni mediatamente (cf. *supra*). No obstante, los otros medios de prueba a los cuales ella ha conducido (el proyectil), no están «contaminados» por la infracción del § 136a, sino que pueden valorarse.

(28) La doctrina americana del *fruit of the poisonous tree* enseña lo contrario, pero es fuertemente restringida por la regla de que las pruebas pueden ser valoradas si se las hubiera podido obtener por medios legales (*hypothetical clean path doctrine*; cf. también *infra*, § 28 nm. 14). En el caso 12 esto significa que los resultados de la autopsia han de valorarse si resulta plausible que el cuerpo se hubiera encontrado sin los dichos del imputado, a través del empleo de grupos de búsqueda, etc.

III. LOS DERECHOS DEL IMPUTADO

(29) Los derechos del imputado son débiles en el procedimiento de investigación. Básicamente, en palabras del *BVerfG* (*NStZ* 1983, 273), rige lo siguiente: el derecho a un proceso leal asegura «al imputado –que en el Estado de derecho de la Ley Fundamental no puede ser mero objeto del proceso– la necesaria provisión de facultades procesales activas, para que él, en salvaguarda de sus derechos, pueda influir sobre la marcha y el resultado del proceso penal (cf. *BVerfGE* 46, 202 [210]; 57, 250 [275]). Esto demanda una cierta "igualdad de armas" de la Fiscalía y el imputado en el proceso penal».[151]

1. El derecho a ser oído

(30) Está garantizado como derecho fundamental para el procedimiento ante el tribunal (art. 103, inc. 1.° GG) y postula que debe otorgarse a los afectados la oportunidad de manifestarse sobre los reproches, de efectuar peticiones y de ofrecer explicaciones sobre la situación jurídica y fáctica. El tribunal debe tomar conocimiento de todo esto y considerarlo en su ponderación,[152] pero no está obligado a llevar adelante una audiencia. El derecho a ser oído se refiere a los hechos y a los resultados probatorios.

Este derecho es implementado y ampliado por la StPO, de acuerdo con la Constitución. Cuando el tribunal actúa, debe:

• en el procedimiento intermedio

– exhortar al inculpado a que se pronuncie sobre la acusación (§ 201);
– en ciertos casos (ya en este estadio), proveerle un defensor (§§ 140 ss.; cf. *infra* § 11 nm. 27 ss.);

---

151. *BVerfGE* 38, 105, 111; sobre la igualdad de armas como principio procesal, Safferling, *NStZ* (2004), 181; *Ambos* (2018), § 10 nm. 17 (con un análisis detallado de los derechos derivados del principio y del *fair trial* en nm. 25 ss.).
152. *BVerfGE* 64, 135, 144; 65, 306 s.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

• en el juicio oral

– sesionar en presencia del acusado (§ 230; excepciones: §§ 231 ss., 247);
– resolver sobre requerimientos de prueba. Estos pueden ser rechazados solo en determinadas situaciones procesales (§§ 244, 245);
– escuchar a los intervinientes antes de cada decisión en el juicio (§ 33 inc. 1); y
– fuera del juicio, escuchar a la Fiscalía (§ 33, inc. 2.°) y a otros intervinientes, ante una decisión a dictarse en su perjuicio (§ 33, inc. 3.°); o
– cuando esta pretensión hubiera sido conculcada, realizar de oficio o a solicitud de parte un procedimiento ulterior (§ 33a).[153]

El derecho fundamental no existe en relación con la Fiscalía y la Policía. En el procedimiento de investigación, ni siquiera el juez está obligado sin excepción a otorgar audiencia. Las medidas sorpresivas son admisibles (§ 33, inc. 4.°).

2. El derecho de defensa

(31) Este derecho le asiste al imputado en cada estadio del proceso, es decir, desde el comienzo (§ 137, inc. 1.°) y aún después de que la sentencia quede firme (ejecución de la pena, revisión). En muchos casos, tiene un derecho a que le sea proveído un defensor (defensa necesaria, § 140, cf. *infra* § 11 nm. 27 ss.). Esto debe tener lugar fundamentalmente según el § 141 inc. 1.°, cuando el imputado lo solicite (en detalle, *infra* § 11 nm. 32). En relación con el derecho a inspeccionar el expediente del imputado sin defensa cf. *infra* § 11 nm. 5.

Asimismo, el art. 6, inc. 3.°, ap. e CEDH concede «al acusado (imputado) no versado en el lenguaje del tribunal, independientemente de su situación económica, un derecho al asesoramiento gratuito de un intérprete durante todo el proceso –y, con ello, durante las entrevistas preparatorias con un defensor–; incluso cuando no exista un caso de defensa necesaria».[154] Este derecho se encuentra expresamente regulado a través del art. 187 GVG.

3. Requerimientos de prueba

(32) En el procedimiento de investigación, el imputado debe ser instruido durante su interrogatorio por la Fiscalía o la Policía de que puede formular requerimientos de prueba (§§ 136, inc. 1.°, 5.ª oración; 163a, inc. 4.°, 2.ª oración). No obstante, solo cuando estos «sean de importancia» (§ 163a, inc. 2.°) cuenta el imputado con un derecho a la incorporación de la prueba, en los amplios márgenes de este concepto jurídico

153. *BVerfGE* 107, 395, que condujo a la aprobación de la Ley sobre el derecho a ser oído, en vigor desde el 1 de enero de 2005; cf. también *infra* § 36 nm. 54a.
154. *BGHSt* 46, 178.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

indeterminado; según otra opinión, inclusive, solo tiene un derecho a que la Fiscalía evalúe la relevancia de la prueba de acuerdo con un criterio obligatorio.[155]

Recién en el juicio oral esa oportunidad de que el requerimiento de prueba sea exitoso se torna un derecho de sumo interés, toda vez que el tribunal está sujeto a motivos de rechazo determinados (§§ 244, 245). En el procedimiento intermedio, si bien el tribunal debe pronunciarse sobre los requerimientos, no debe atenerse al catálogo de estos motivos de rechazo (§ 201, inc. 2.°).

4. El derecho a formular preguntas

(33) Solo le asiste al imputado cuando se encuentra en el juicio oral con carácter de acusado (§ 240, inc. 2.°).

5. El derecho a guardar silencio

(34) El imputado no está obligado a autoincriminarse –*nemo tenetur se ipsum accusare* (cf. *supra* nm. 9)[156]– o a contribuir de cualquier manera en la investigación en su contra. En el juicio oral, el tribunal no puede extraer conclusiones desventajosas a partir del silencio del acusado (cf. *infra* § 29 nm. 10 ss.; allí también sobre el problema del silencio parcial o temporal). En el procedimiento de investigación, sin embargo, la Fiscalía y la Policía no están impedidas de considerar «sospechoso» el silencio del imputado y de poner en marcha nuevas investigaciones.

6. El derecho a estar presente

(35) En el juicio oral, el imputado puede y debe estar presente (§ 230, inc. 1.°). Este derecho y deber tiene excepciones (§§ 231 ss.; cf. *infra* § 20 nm. 3 s.). En el procedimiento de investigación, el imputado puede estar presente durante ciertas diligencias en su contra (p. ej., registro); de otras ni siquiera se entera (p. ej. vigilancia telefónica, observación). Particularmente importante es la cuestión de si puede asistir a los interrogatorios de otros. Esto es lo que surge del gráfico (que, a modo de adelanto, representa también los derechos de asistencia de otras personas que toman parte en el proceso).

155. Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 163a nm. 15.
156. Grupos de casos en Verrel (2001), 119 ss.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Sinopsis 4: Derecho a estar presente

Derecho a estar presente	Interrogatorio por								
	Juez			Fiscal			Policía		
	I	CI	T	I	CI	T	I	CI	T
I	X	No *BGH* 42, 391	Sí § 168c II (III!)	X	No	No § 161a no remite al §168c	X	No	No
Defensor	Sí §168c I	No *BGH* 42, 391	Sí §168c II	Sí §§ 163a III 2, 168c I	No	No (v. *supra*)	Si §§ 163a IV 3, 168c I	No	No (argumento a contrario §163a III 2, IV 3)
T	No	No	X	No	No	X	No	No	X
Fiscal	Sí	Sí	Sí	X	X	X	Sí	Sí	Sí
	§ 168c I	§ 168c I	§ 168c II				argumento §§ 160, 161		§§ 160, 161

I: Imputado; CI: Coimputado; T: Testigo

ISBN: 978-84-18432-78-1

DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

IV. LOS DEBERES DEL IMPUTADO

1. El deber de comparecer

(36) *a*) En el juicio oral, el acusado no solo debe comparecer, sino que también permanecer (§ 230).

b) En el procedimiento de investigación, el imputado debe comparecer cuando ha sido citado por el juez de la investigación (§ 133) y la Fiscalía (§ 163a, inc. 3.°, 1.ª oración). Si no comparece sin haberse excusado, puede ser conducido por la fuerza (§§ 133, inc. 2.°; 163a, inc. 3.°, 2.ª oración). Nada de esto rige cuando es la policía quien lo ha «precitado». No hay un deber de comparecer ante la policía (§ 163a, inc. 3.°, 1.ª oración, a *contrario sensu*).

Incluso el imputado que no quiere declarar sobre el asunto, y que ya lo ha hecho saber previamente, debe comparecer ante el juez de la investigación o el fiscal. El objetivo de la citación puede ser también, además o en lugar de un interrogatorio, una confrontación o el interés de formarse una impresión personal del imputado.

2. El deber de tolerancia

(37) Aunque el imputado no debe hacer nada, está obligado a tolerar las investigaciones en su contra. A esto pertenece también el deber de aceptar injerencias y medidas de coerción.

(38) A su vez, debe tolerar que sus datos sean almacenados en numerosos archivos (p. ej., archivos de casos, archivos con documentación de rastros, archivos de búsqueda). La StÄVG en los §§ 483-491 ha establecido normas sobre los fines que puede perseguir el almacenamiento de datos. La facultad de recopilación de datos no está regulada allí. El legislador no ha trazado una línea precisa con respecto a los archivos con fines preventivos de la policía.

Casos y preguntas

33. ¿Cuándo alguien debe ser considerado imputado?
34. La policía recibe una llamada de que alguien con la patente[157] M-XX-007 ha protagonizado en ese momento una fuga del lugar del accidente. A continuación, la policía se dirige al domicilio del titular del vehículo. Ante la pregunta respecto a si él ha cometido una fuga del lugar del accidente en ese momento, el aturdido Y responde afirmativamente. Ante el tribunal, él se niega a prestar declaración. La Fiscalía opina que se puede valorar la declaración testimonial del funcionario policial, toda vez que se trató de un «interrogatorio informativo». ¿Es correcto?

157. Matrícula del vehículo.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

35. ¿Sobre qué debe ser instruido el imputado?
36. En el interrogatorio policial, se permite al imputado comunicarse con un abogado. Cuando este llega al edificio de policía, se le niega el acceso con el argumento de que los abogados solo «molestarían». Luego de más de dos horas de infructuosa espera, el imputado finalmente «canta». ¿Puede valorarse la declaración?
37. ¿Qué protege el § 136a?
38. El imputado es amenazado con ser golpeado en caso de que no revele el escondite del botín. Atemorizado, comunica a continuación el lugar del escondite. ¿Se ha comportado la policía de conformidad con el Derecho? ¿Puede ser valorada esa declaración? Variante: el imputado reitera su declaración ante el juez de investigación. ¿Puede ahora ser valorada la declaración?
39. ¿Tiene efecto extensivo la infracción del § 136a?
40. ¿Qué derechos tiene el imputado en el procedimiento de investigación?
41. Y recibe en carácter de imputado una citación para un interrogatorio policial. ¿Debe dirigirse hacia allí? Variante: ¿Qué pasaría si él fuese convocado por la Fiscalía?
42. El policía P advierte cómo el borracho B se tambalea hacia su auto y comienza a maniobrarlo «a los tumbos» fuera del estacionamiento. Sin dudarlo, P le exige soplar en el alcoholímetro que llevaba consigo. Cuando B se rehúsa, P le introduce el pequeño tubo en la boca. Este indica un valor de alcohol en sangre de 1,3 por mil. ¿Ha actuado P lícitamente?

Comentarios desde la perspectiva española

I. EL CONCEPTO, INTERROGATORIO, INSTRUCCIÓN

El imputado o parte pasiva del proceso penal es aquella persona contra quien se formula la acción penal, es decir, contra quien se dirige el proceso. La Lecrim se refiere a él con diversos nombres (inculpado, presunto culpable, procesado, reo, querellado, acusado, investigado), no obstante, en la actualidad las denominaciones principales son las de «investigado» y «acusado», dependiendo de la fase en que se encuentre el proceso. Por tanto, durante el procedimiento preliminar será correcto hablar del «investigado», pero una vez que se realice formalmente el acto de acusación el imputado pasará a llamarse «acusado».

La apertura del procedimiento preliminar puede realizarse aun cuando no se haya identificado al sujeto investigado. Así sucede en muchos casos, cuando se conoce la comisión de un delito, pero no se sabe quién lo ha cometido. Los actos de investigación, en esos supuestos, irán dirigidos a la averiguación de las circunstancias de los hechos, pero también de las personas responsables. Si finalmente no se llega a identificar a la persona sospechosa de haber cometido

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

el delito, el procedimiento tendría que finalizar con un auto de sobreseimiento libre.

En el proceso penal español puede haber uno o varios imputados y puede tratarse tanto de personas físicas como de personas jurídicas. Con relación a las personas físicas, habrá que tener en cuenta su edad y capacidad mental, ya que ciertas personas pueden ser inimputables. En cambio, las personas jurídicas pueden ser imputadas con relación a los delitos expresamente establecidos en el CP.[158]

Para que una persona sea considerada imputada, debe existir un acto procesal mediante el cual se le atribuya la comisión de un delito, el cual es objeto de una investigación criminal, convirtiéndola así en parte pasiva del proceso penal, con todos los derechos y deberes correspondientes. La Lecrim vincula este efecto (1) al hecho de ser detenida una persona o de sufrir cualquier otra medida cautelar, (2) al hecho de figurar como indiciada en la denuncia o querella y (3) al hecho de ser declarada imputada a través del auto de procesamiento[159] o de figurar como tal en el escrito de acusación.

Al convertirse en imputado, el sujeto adquiere una serie de derechos y garantías procesales, entre las cuales destaca el derecho a ser informado de los motivos por los que se le está investigando, el derecho a tener un abogado defensor, el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a guardar silencio y no autoinculparse. Sobre estos hablaremos en el apartado III de este capítulo.

El imputado será citado para declarar ante el JI, conociéndose este acto como la «declaración indagatoria». En caso de estar detenido, la declaración deberá producirse durante las primeras 24 horas. Este interrogatorio está orientado a la averiguación de los hechos y personas responsables. Es posible que durante el procedimiento preliminar el imputado vuelva a ser citado para realizar más declaraciones, ya sea de oficio o a solicitud de parte.

II. MÉTODOS DE INTERROGACIÓN PROHIBIDOS

Las declaraciones del investigado deberán realizarse respetando sus derechos fundamentales y garantías procesales. En este sentido, está prohibida la tortura, el maltrato físico o psíquico, así como cualquier tipo de coacción o amenaza.[160] Las declaraciones así obtenidas carecerán de valor probatorio en el proceso,

158. A manera de ejemplo podemos referir la trata de seres humanos, prostitución, estafas, daños informáticos, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, delitos contra el mercado y los consumidores, publicidad engañosa, blanqueo de capitales, delitos contra la salud pública, financiación del terrorismo y delitos contra el medio ambiente, entre otros. No obstante, la Ley determina que ciertas entidades con personalidad jurídica no pueden ser imputadas, por ejemplo, las Administraciones públicas y las organizaciones internacionales de derecho público (art. 31 quinquies CP).

159. Cabe aclarar que el auto de procesamiento únicamente se dicta en el proceso ordinario por delitos más graves.

160. Estas prácticas, además de atentar contra los derechos constitucionales a la vida y la integridad personal (art. 10 CE), están prohibidas por los convenios Internacionales. A modo de ejemplo, v. arts. 1 y 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y art. 15 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 de la Organización de las Naciones Unidas.

conforme al artículo 11.1 LOPJ, el cual establece que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales» (v. capítulo 28.II.1).

En esta línea, carecerán de valor las declaraciones realizadas con vulneración de las garantías procesales fundamentales del investigado, por ejemplo, si se ha realizado el interrogatorio sin contar con la presencia del abogado defensor o si no se le informó al imputado sobre su derecho a guardar silencio y no autoinculparse.

En caso de que la declaración se haya obtenido vulnerando un derecho fundamental, el efecto de ineficacia alcanzará tanto a la prueba directa (la declaración del imputado) como a las pruebas derivadas (por ejemplo, si llegó a conocerse el lugar dónde se ocultó el cadáver o la droga o qué otras personas participaron en los hechos), de acuerdo con la teoría de los frutos del árbol envenenado.[161] No obstante, se aplicarán algunas excepciones jurisprudenciales como la teoría de la buena fe o la de la conexión de antijuridicidad, que permitirán al Tribunal valorar algunas de estas pruebas si se cumplen los requisitos correspondientes.[162]

Igualmente, carecerán de valor probatorio las declaraciones realizadas a través de procedimientos que impliquen una especie de coacción al investigado, como el polígrafo o el llamado «suero de la verdad».

III. LOS DERECHOS DEL IMPUTADO

Toda persona a quien se le atribuya la comisión de un hecho punible podrá ejercitar el *derecho de defensa* (art. 24.2 CE),[163] interviniendo en las actuaciones desde que se le comunique su existencia, ya sea que haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o que se haya acordado su procesamiento (art. 118 Lecrim). Así pues, tendrá derecho:

– *A la defensa y asistencia letrada* (arts. 17.3 y 24.2 CE). En el proceso penal es necesario que el investigado esté asistido por un abogado defensor. Podrá tratarse de un abogado de confianza, nombrado por el mismo

161. Entre otras, las SSTS, Sala Segunda, de 24 de febrero de 1990; de 1 de julio de 1991; de 7 de abril de 1992. También la STC 85/1994, de 14 de marzo.

162. Las diferentes doctrinas jurisprudenciales relacionadas con la exclusión de la prueba ilícita se analizan posteriormente en el capítulo 28 de esta obra. Puede consultarse además, Planchadell Gargallo (2014) y Gómez Colomer (2008, 107-147).

163. El artículo 24 CE consigna los derechos fundamentales de contenido procesal. De acuerdo con la jurisprudencia del TC, estos derechos son aplicables en todo tipo de procesos judiciales y a todas las partes procesales. No obstante, se reconoce que tienen una especial relevancia en el caso de las personas imputadas o acusadas en el proceso penal. Así pues, «1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos».

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

imputado o, en su defecto, de un abogado designado de oficio. El investigado podrá además solicitar el beneficio de la asistencia jurídica gratuita, si no tiene recursos económicos suficientes para cubrir los gastos de la defensa (art. 119 CE).[164]

– *A la presunción de inocencia* (art. 24.2 CE). Es el derecho a ser considerado y tratado como inocente hasta que no se demuestre su culpabilidad en el juicio. Este derecho deberá ser respetado tanto por el órgano judicial como por los demás intervinientes en el proceso (el MF, la policía, los abogados, los peritos, etc.) y, especialmente, los medios de comunicación. Para desvirtuar la presunción de inocencia se requiere que exista prueba de cargo suficiente, practicada en el juicio, conforme a las debidas garantías legales y, por supuesto, que exista una sentencia condenatoria firme.[165]
– *A guardar silencio y no declarar contra sí mismo* (art. 24.2 CE). Deberá informarse al imputado sobre este derecho antes de que proceda a declarar, tanto en el procedimiento preliminar como en la etapa del juicio oral. El imputado tiene derecho a guardar silencio, a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo.
– *A que se le informe de la acusación y se le brinde la información mínima determinada en la ley* (arts. 24.2 CE y 118 y ss. Lecrim). Desde el primer momento deberá informarse al imputado los motivos por los cuales se le está investigando. La información deberá brindarse de una forma clara, que él pueda comprender, tomando en cuenta su capacidad y circunstancias personales (madurez, discapacidad, etc.). Además, la Lecrim detalla la información mínima que se deberá brindar al imputado.[166]
– *A contar con un traductor o intérprete* (arts. 123-126 Lecrim). Tendrán este derecho los imputados que no hablen o no entiendan el castellano o la lengua oficial en que se desarrolle el proceso,[167] así como aquellos que por sus circunstancias requieran de un intérprete para poder comunicarse (por ejemplo, para el uso de lenguaje de signos).

---

164. Este beneficio está regulado en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita y en el Real Decreto 141/2021, de 9 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita.
165. Entre otras, STS, Sala Segunda, 956/2016 de 16 de diciembre.
166. De acuerdo con el art. 118.1 Lecrim, se le instruirá al investigado sobre los siguientes derechos: «(a) Derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados […]. (b) Derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración. (c) Derecho a actuar en el proceso penal para ejercer su derecho de defensa de acuerdo con lo dispuesto en la ley. (d) Derecho a designar libremente abogado […]. (e) Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla. (f) Derecho a la traducción e interpretación gratuitas […]. (g) Derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo, y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen. (h) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable».
167. En España, los actos procesales pueden realizarse en castellano o en la lengua oficial de la Comunidad Autónoma en la cual se celebra el proceso, siempre y cuando ninguna de las partes se oponga alegando desconocimiento de dicha lengua, según se establece en el art. 231 LOPJ.

IV. LOS DEBERES DEL IMPUTADO

En el proceso penal español, el imputado tiene el deber de comparecer cuando su presencia sea judicialmente requerida, tanto para la realización de diligencias de investigación (declaración indagatoria, careos, ruedas de reconocimiento, etc.) como para la celebración del juicio oral. Este deber no desaparece por el hecho de que se tenga un derecho a no declarar, es decir, aun cuando el imputado permanezca en silencio, deberá acudir y estar presente en los momentos procesales en que la ley así lo requiera.

En este sentido, la Ley establece como regla general que para la celebración del juicio oral se requiere la presencia del acusado. La excepción a esta regla se establece en el art. 786.1 Lecrim, que determina aquellos casos en los que se podría celebrar un juicio en ausencia del imputado. Básicamente, debe tratarse de procesos abreviados o juicios rápidos en los que la pena solicitada no exceda los dos años de prisión, que la ausencia del acusado sea injustificada y que, tras solicitarlo alguna de las partes, el juez estime que se cumplen todos requisitos legales y que hay suficientes elementos para proseguir con el juicio. En el resto de los casos, la ausencia del acusado determinará la suspensión del juicio.

Por otra parte, cuando se ignora el paradero del imputado o acusado, o si se trata de un detenido que se ha fugado, el juez mandará a expedir *requisitoria* para su llamamiento y búsqueda. Esta es, en primer lugar, un emplazamiento para que el procesado comparezca ante el tribunal y, en segundo lugar, una orden dirigida a la policía para buscar y capturar al procesado ausente. Transcurrido el plazo fijado en la requisitoria, si el imputado no comparece o no fuera hallado, se le declarará en rebeldía. Si el proceso se encuentra en la fase de instrucción, esta continuará hasta su terminación. En cambio, si la causa estuviera en fase de juicio oral, deberá suspenderse y se archivarán los autos, pudiendo abrirse nuevamente cuando se encuentre al acusado. En aquellos casos en que el imputado se encuentre en otro país, podrá solicitarse la extradición activa o bien la orden de detención europea.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Capítulo 10. Injerencias y medidas de coerción

I. INVESTIGACIONES LIBRES

1. El principio de la libre configuración del procedimiento de investigación

(1) Rige el principio de la libre configuración del procedimiento de investigación (§§ 161, inc. 1.°; 163, inc. 1.°). La Fiscalía y la Policía son libres:

- en cuanto al orden de las medidas que pueden ser adoptadas según puntos de vista táctico-criminalísticos (p. ej., el imputado puede ser interrogado al comienzo o al final del procedimiento de investigación), así como también
- respecto a la elección de los medios.

En la averiguación de hechos punibles (§ 163) deben ponerse en marcha «investigaciones de todo tipo» (§ 161). Estas normas describen una tarea y regulan un deber (deber de investigación). Ellas confieren también (desde la StVÄG 1999) una facultad. Esta «cláusula general de la investigación» abarca todas las medidas que, si bien representan injerencias, no van tan lejos como para necesitar una autorización especial (como las enumeradas *infra*, nm. 5).

2. Medidas por debajo del umbral de la injerencia

a) La demanda de información

(2) Las autoridades deben proporcionar información a la Fiscalía (§ 161, inc. 1.°, 1.ª oración). Otras dependencias o personas no están obligadas a involucrarse en este tipo informal de interrogatorio de testigos, aunque pueden ser

forzados a un interrogatorio formal (§ 161a), o verse expuestos a registros e incautaciones.

A la demanda de información puede oponerse un «secreto».

El secreto postal y de las comunicaciones (el correo no es una autoridad) está regulado en el art. 10 GG, en el § 39 PostG y en el § 88 TKG, y puede ser objeto de excepciones de acuerdo con el § 99.

No existe un «secreto bancario». Los institutos crediticios de derecho público están obligados a informar; los bancos privados están facultados a informar, a fin de evitar incautaciones.

El secreto fiscal no se opone a cualquier otorgamiento de información (§ 30 AO, en especial el inc. 4.°).

El secreto social (§ 35 SGB I) no ampara al afectado cuando este consiente, o cuando existe un deber de revelar (§§ 68-77 SBG X).

b) La observación

(3) La observación disimulada y por poco tiempo se considera una medida estándar obvia, sin carácter forzoso.[168]

c) Informantes y personas de confianza

(4) Resulta admisible emplear tales personas de contacto a fin de lograr pruebas (más contundentes).

«*Informante* es una persona que en el caso concreto está dispuesta a dar información, a cambio del aseguramiento de la confidencialidad por parte de las autoridades de la persecución penal».

«*Persona de confianza* es una persona que, sin formar parte de una autoridad de persecución penal, está dispuesta a apoyarla confidencialmente por largo tiempo en el esclarecimiento de hechos punibles, y cuya identidad en principio se mantiene en secreto».[169]

Aunque los informantes y las personas de confianza actúan ocultos, no son «agentes encubiertos» (al respecto, *infra* nm. 59). Como agentes provocadores, no pueden intentar persuadir a alguien no proclive al hecho a que finalmente se vuelva autor,[170] sino simplemente «poner a prueba» al sospechoso, es decir, ayudar a confirmar una fuerte sospecha existente de una conducta punible grave.[171] «La cualidad de la sospecha del hecho (…) limita así el contenido de injusto de aquel hecho al cual el sospechoso puede ser provocado

168. Meyer-Goßner/Schmitt (2020), § 161 nm. 1
169. *RiStBV*, anexo D 2.
170. *BGHSt* 60, 238; BGH, *NJW* (1981), 1626; BGH, *NStZ* (2009), 405 (amenaza con la «Mafia de Belgrado»); (2016), 232; (2018), 355 con observaciones de Esser.
171. *BGHSt* 32, 345; en detalle, *BGHSt* 45, 321.

ISBN: 978-84-18432-78-1

DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

de forma admisible».[172] De todos modos, el TEDH considera (ya) como una provocación al hecho inadmisible, cuando el hecho punible no se hubiera cometido sin dicha influencia (cf. también *infra* § 14 nm. 28, especialmente en relación con la pregunta sobre las consecuencias jurídicas de una provocación al hecho inadmisible).[173]

II. PANORAMA SOBRE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN

(5) Ambos gráficos muestran qué medidas son posibles, quién puede ordenarlas, cuán elevada y cuán determinada debe ser la sospecha. Se dividen entre injerencias en los derechos fundamentales del imputado y de los terceros. Esto debe entenderse solo como una tipificación. A través de las medidas contra el imputado pueden ser afectados también terceros no participantes (p. ej., vigilancia de las telecomunicaciones). Por otro lado, todas las medidas contra testigos (p. ej., registro; § 103), «sospechosos» (comprobación de la identidad; § 163 b, inc. 1.°) o «todos» (p. ej., vigilancia informática) sirven naturalmente para proceder contra el imputado.

Muchas medidas se realizan sorpresiva y/o clandestinamente. Respecto de algunas, se notifica posteriormente (§ 101 inc. 4.°-7.°).

El panorama muestra que apenas puede imaginarse una injerencia para la cual las autoridades de la persecución penal no se encontrarían hoy facultadas. Visto así, las autorizaciones especiales que se expondrán a continuación podrían ser reemplazadas por una cláusula general como la siguiente (propuesta por el autor):

> «1) Las autoridades de la persecución penal, con miras a la investigación de la verdad y en el marco de la proporcionalidad, pueden adoptar todas las medidas necesarias.
>
> 2) El § 136a se mantiene incólume».[174]

172. BGH, *NStZ* (2001), 553, 555.
173. *EGMR, NJW* (2015), 3631.
174. De la praxis se obtiene la impresión fatal de que reina esta regla *de facto*; en el sentido que, lo que técnicamente es posible, también es lo que se termina haciendo.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Sinopsis 5a: Injerencias en derechos fundamentales del imputado

Ordenado por

Policía	Fiscal	Juez				Sospecha inicial	Sospecha suficiente	Sospecha vehemente	Certeza
		X		81	Internación para observación				
X	X	X		81a	Prueba de sangre, etcétera				
X(1)	X(1)	X		81b	Medidas de identificación				
X	X	X	98	94	Secuestro				
	X	X	100e	100a	Vigilancia de telecomunicaciones				
X	X	X		100h	Medios técnicos (1)				
X	X	X	105	102	Registro				
X(2)			110b	110a	Agente encubierto				
		X	114	112 112a 126a	Prisión preventiva / Internación provisional				
				127 inc. 1º	Detención provisional por particulares (discutido)				
				127 inc. 2º	Detención provisional por Policía/Fiscalía				
X	X	X		131	Requerimiento de captura				
X	X			163b inc. 1º	Comprobación de identidad (3)				
	X	X		163e	Observación policial				
X	X	X		163f	Observación por tiempo prolongado				

1. Independientemente del «peligro de demora»
2. Con consentimiento del fiscal y del juez de la investigación
3. El sospechoso no debe ser aún imputado

La sospecha debe sustanciarse en hechos determinados («sospecha concreta»)

Sinopsis 5b: Injerencias en derechos fundamentales de terceros

Ordenado por

Policía	Fiscal	Juez			Sospecha inicial
X	X	X	81c inc. 5º	81c	Inspección corporal
	X	X	98b	98a	Búsqueda selectiva por ordenador
X	X	X	105 (1)	103	Registro
X	X	X	111 inc. 2.º	111	Puestos de control
X	X		163b inc. 1.º	163b(2) inc. 2.º	Comprobación de la identidad
X	X		163b	163c	Detención para la comprobación de la identidad
X	X	X	163d inc. 2.º	163d	Búsqueda por red informática
	X	X	131c	131a	Solicitud de paradero o de identidad

1. En el §103, inc. 1.º, 2.ª oración, no por la Policía.
2. Inc. 1.º, contra «sospechosos».

Con ello, se soslayarían las refinadas gradaciones en los presupuestos de las injerencias, a través de las cuales se distinguen las diferentes medidas. Por cierto, la diferencia con aquella cláusula general no siempre es considerable; sin embargo, es lo que da forma al Estado de derecho.

III. LA PRISIÓN PREVENTIVA

(6) La prisión preventiva, en cuanto privación de la libertad, es la injerencia más gravosa en los derechos y en la conducción de la vida de alguien que todavía no ha sido condenado (a través de una sentencia firme), respecto de quien rige la presunción de inocencia. Con él se erige una víctima especial en beneficio de la generalidad.[175] Esto solo puede ser admisible en la medida en que lo exijan forzosamente intereses predominantes del bien común.[176]

175. *BGHZ* 60, 302
176. *BVerfGE* 35, 185.

1. Fin

La prisión preventiva debe asegurar la justicia penal efectiva, impidiendo que el imputado se fugue o manipule las fuentes probatorias (§ 112), y que el condenado no se sustraiga a la ejecución (§ 457). Ella no puede constituir una pena anticipada (aunque es percibida así por el afectado, ejecutada de modo similar y computada a la pena a purgar; § 51, inc. 1.° StGB). Tampoco puede ser aplicada como una «prisión para la reflexión» (aunque, no infrecuentemente, actúa de tal forma que el imputado rompe su silencio).

2. Tipos

Aquí se trata la prisión preventiva según los §§ 112 ss. Pero además de ella existe:

– la detención para la ejecución (§ 457, inc. 2.°);
– la detención para el aseguramiento (§ 453c);
– la detención para el juicio oral (§ 127b);
– la detención por desobediencia (§§ 230, inc. 2.°; 236; 329, inc. 4.º, 1.ª oración);
– la detención por extradición (§§ 15; 45; 68, incs. 2.° y 3.° IRG).

El internamiento provisional según el § 126a reemplaza la prisión preventiva en caso de imputados sin capacidad de culpabilidad penal o con capacidad de culpabilidad reducida, cuyo internamiento es esperable de acuerdo con los §§ 63 y 64 StGB.

Frente a varias órdenes de detención en razón de diferentes casos, se ejecuta solo una (no hay «doble detención»). La otra es tratada como una «sobredetención» (se ejecuta una vez que finaliza la prisión preventiva por el primer caso).

3. Presupuestos

La prisión preventiva puede ser ordenada (no «tiene que»), y por regla lo es, cuando:

– hay una sospecha vehemente;
– se configura un motivo de prisión; y
– ella no es desproporcionada con respecto a la importancia del asunto y a la de la pena o medida de seguridad esperable (§ 112, inc. 1.°).

a) Sospecha vehemente

(7) Es un grado de sospecha más intenso que el grado de sospecha requerido para la presentación de la acusación, es decir, la sospecha suficiente (cf. *supra* §

8 nm. 3), pero por lo general se sustenta sobre una base más estrecha de resultados provisionales de la investigación. Puede ocurrir, por tanto, que se dicte una orden de detención, aunque no se pueda aún decir que se llegará a la apertura del juicio oral.[177]

b) Motivos de prisión

La enorme mayoría de las órdenes de detención se basan en el peligro de fuga o de entorpecimiento. Además, existe el motivo de detención del peligro de reiteración (§ 112a) y la posibilidad de ordenar la detención en caso de determinados delitos capitales (§ 112, inc. 3.°).

aa) Fuga, peligro de fuga; § 112, inc. 2.°, núm. 1, 2

(8) Es prófugo quien abandona su residencia y no adopta ninguna otra o se escapa al extranjero. Se mantiene oculto quien quiere sustraerse al proceso y se halla «escondido» en alguna parte. Quien es apresado ya no es más un prófugo, aunque ha manifestado que existe peligro de fuga.

El peligro de fuga está definido en la ley (§ 112, inc. 2.°, núm. 2). En el pronóstico de peligro deben ponderarse todas las circunstancias a favor y en contra de la fuga y evitarse las meras presunciones. El tribunal no necesita estar convencido acerca de la verdad de los hechos en los que se basa. Estos tienen que existir solo como una probabilidad, que se corresponda con el grado de sospecha vehemente.

> **Ejemplo** (extracto): «En vista de la gravedad del hecho y del daño elevado, la expectativa de pena es tan alta que el incentivo de sustraerse al proceso mediante la fuga no se neutraliza solamente con los lazos familiares, toda vez que la empresa perjudicada no continuará empleando al imputado y él cuenta con buenos contactos en el exterior, así como con una casa en los Estados Unidos». Solo uno de estos argumentos (p. ej., la expectativa de pena) no sería suficiente.

bb) Peligro de entorpecimiento de las investigaciones

(9) Al igual que en el peligro de fuga, determinados hechos deben fundar una sospecha vehemente de que el imputado influirá de modo procesalmente irregular y «deshonesto» en los medios de prueba materiales o personales y, de esta manera, pondrá en riesgo la investigación de la verdad.

> **Ejemplos:** Es procesalmente irregular la destrucción de expedientes, la amenaza de testigos, el acuerdo de determinadas declaraciones. Son procesalmente válidos la re-

177. Cf. BGH, *NStZ* (1981), 94.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

unión con los testigos, el pedido de que se abstengan de declarar, la discusión sobre el hecho, el silencio, la retractación de una confesión.

cc) Delitos capitales; § 112, inc. 3.°

(10) De acuerdo con el texto legal, basta solamente con la sospecha suficiente de uno de los delitos enumerados, sin que deba configurarse un motivo de prisión preventiva según el inc. 2.°. Sin embargo, resulta desproporcionado ordenar la prisión preventiva únicamente en razón de la gravedad del hecho. El *BVerfG* (BverfGE 19, 342), por vía de una interpretación conforme a la Constitución (más bien, de la integración o de la reinterpretación), exigió que por lo menos debe existir un pequeño o lejano peligro de fuga o de entorpecimiento, el cual, sin embargo, a diferencia del inc. 2.°, no necesita ser probado mediante hechos concretos. Se mantienen las objeciones de que el solo reproche de los delitos, no dice nada acerca de la peligrosidad del autor; así como también, que la facilitación de la suposición de un peligro de fuga o entorpecimiento, en definitiva, significa una inversión de la carga de la prueba; y que, de modo similar al período nacionalsocialista, no se procura asegurar el proceso penal, sino evitar la «irritación popular» (eslogan: «los asesinos andan sueltos»).

dd) Peligro de reiteración, § 112a

(11) Este motivo de prisión preventiva también es extraño al sistema. La detención por aseguramiento no sirve al procedimiento penal, sino –como medida precautoria de tipo preventivo-policial– a la protección de la generalidad frente a otros hechos punibles del autor peligroso. Como «detención para descomprimir» (*Deeskalationshaft*), ha de proteger también a víctimas individuales (entre otras, las del *stalking* calificado, § 238, incs. 2.° y 3.° StGB).

c) Proporcionalidad; § 112, inc. 1.°, 2.ª oración

(12) No está mencionada como presupuesto de la prisión preventiva. Solo la ausencia de proporcionalidad excluye la prisión. Tal falta de proporcionalidad no se sigue únicamente del hecho de que solo sea esperable una pena de prisión breve (que no será de cumplimiento efectivo) o, inclusive, una pena de multa.

d) En el proceso de acusación privada no se puede dictar una orden de detención, porque falta el interés público en la persecución penal; algo distinto ocurre recién cuando la Fiscalía asume la persecución (§§ 376, 377). En caso de delitos de instancia, la orden de detención debe ser revocada cuando el legitimado no insta penalmente y, por esta razón, el impedimento procesal (provisional) se convierte en definitivo (cf. en detalle § 130).

ISBN: 978-84-18432-78-1

DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

4. Procedimiento

(13) «La prisión preventiva se ordena mediante una orden de detención escrita del juez» (texto del § 114, inc. 1.°). El contenido lo regula el § 114, inc. 2.°.

(En este capítulo se presenta el formulario usado para casos sencillos)

a) Para el dictado de la orden únicamente es competente un juez (art. 104, inc. 2.°, 1.ª oración GG). Ello se encuentra regulado con más en detalle en el § 125. En el procedimiento de investigación, la Fiscalía solicita el dictado de la orden de detención ante el juez de investigación (cf. *supra* § 8 nm. 2).

Después de formulada la acusación, la orden la dicta el tribunal (sin los jueces legos[178]) que está o estuvo a cargo del asunto (cuando la sentencia es impugnada vía casación). Se debe escuchar a la Fiscalía (§ 33), pero no está obligado a aguardar su solicitud.

b) Ejecutar la orden de detención es materia de la Fiscalía (§ 36 inc. 2.°). Si el imputado es capturado, es detenido.

La ley de modificación del régimen de la prisión preventiva[179] ha introducido nuevos y amplios deberes de instrucción, información y comunicación a terceros.[180]

Ya en el momento de la detención debe entregarse al imputado una copia de la orden que la dispone (y eventualmente una traducción) (§ 114a, 1.ª oración). Además, debe ser instruido sin demora por escrito (provisoria o complementariamente también de forma oral), de que (§ 114b inc. 1.º y 2.º, 1ª oración):

– será llevado sin demora ante el tribunal, a más tardar al día siguiente de su detención;
– tiene el derecho de manifestarse o de guardar silencio y de que además puede:
– solicitar la incorporación de pruebas de descargo;
– consultar inmediatamente y en todo momento con un abogado de su elección;
– solicitar la asignación de un defensor de oficio, si se trata de un caso de defensa necesaria;
– exigir una revisión médica;
– dar aviso a un familiar o a una persona de su confianza;
– ver el expediente y los elementos de prueba (el acusado también debe ser informado del correspondiente derecho del defensor, v. § 114b inc. 2.°, 2.ª oración);
– interponer remedios jurídicos en contra del mantenimiento de la prisión preventiva por parte del tribunal;

---

178. BGH, *NStZ* (2011), 356 (muy discutido).
179. *BGBl.* I, (2009), 2274 ss., en vigor desde el 1 de enero de 2010.
180. Ellos valen en lo sustancial también en la detención provisional (§ 127, inc. 4.°), en la detención para el juicio oral (§ 127b, inc. 1.°, 2.ª oración) y en la privación de la libertad para la comprobación de la identidad (§ 163c, inc. 1.°, 3.ª oración).

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

– contar con un intérprete o traductor a costa del Estado (§ 114b, inc. 2.°, 3.ª oración).

(14) *c*) A continuación (§ 115, inc. 1.°), debe ser conducido de inmediato ante el juez que dictó la orden de detención (§§ 115; 126, inc. 1.°, 1.ª oración; solo para decisiones «ulteriores» puede ser competente otro juez según el estado del proceso). Se considera que el imputado ya ha sido «conducido» cuando se le ingresa en las dependencias para detenidos del tribunal.

El juez de la detención, a más tardar al día siguiente, debe (§ 115, inc. 2.°; art. 104, inc. 3.° GG):

– instruir e interrogar al imputado (§ 115, inc. 2.° y 3.°; si se trata además del primer interrogatorio, rige adicionalmente el § 136);
– decidir si se mantiene la orden de detención (en ese caso, debe ser instruido según el § 115, inc. 4.°), si se suspende (§ 116) o se revoca (§ 120).
– si se ejecuta la detención, dar aviso a un pariente o a una persona de confianza, incluso cuando el imputado renuncia a ello o se opone –§ 114c, inc. 2.° (nadie puede sencillamente «desaparecer»)–;
– convocar a un defensor de oficio (§ 142 inc. 3.°, n.º 2), «tan pronto» el imputado «deba ser conducido» ante el juez (§ 141 inc. 2.º, n.º 1).[181]

(15) *d*) El juez ordena la suspensión en la ejecución de la prisión preventiva cuando su fin puede lograrse a través de medidas menos drásticas que su ejecución (§ 116). Ello es imperativo para el caso de peligro de fuga (inc. 1.°) y, no obstante el texto de la ley (inc. 2.°: «puede»), también para el peligro de entorpecimiento, en razón del principio de proporcionalidad. La ley menciona a título de ejemplo:

– el deber de reportarse (núm. 1);
– las restricciones a la residencia (núm. 2) y el «arresto domiciliario» (núm. 3). Sin embargo, en el marco del núm. 3, con el acuerdo del imputado, puede tomarse en consideración la utilización de una tobillera electrónica.[182]
– la prestación de seguridad (núm. 4). La «caución», no puede evitar el dictado, sino solo la ejecución de una orden de detención, y ello únicamente en caso de peligro de fuga.

Las órdenes de detención que se basan en el § 112, inc. 3.° no están mencionadas en el § 116. Sin embargo, también en estos casos, en razón del principio de proporcionalidad, ha de ser posible la moderación de la prisión preventiva.

181. Cf. BeckOK StPO/Krawczyk (2021) § 141 nm. 14 s., respecto a que en los casos de detención provisional existe un intervalo de tiempo durante el cual el imputado, puede ser interrogado sin la concesión previa de un defensor de oficio.
182. Cf. Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 116 nm. 9.

Si posteriormente se presenta un pedido de moderación de la prisión preventiva por parte del imputado o de la Fiscalía, o si el tribunal decide modificarla de oficio, la competencia se rige por el § 126.

(16) *e*) La revocación de la orden de detención puede disponerla el juez que la ha dictado y frente al cual el imputado ha sido conducido (§ 115), cuando considere que no están dados los presupuestos de la prisión preventiva (§ 120, inc. 1.°, 1.ª oración, 1.ª alternativa). La prisión preventiva puede ser revocada posteriormente en los siguientes casos (en relación con la competencia véase el § 126):

- cuando el juez tenga por decaídos sus presupuestos o considere desproporcionado su mantenimiento (§ 120, inc. 1.°, 1.ª oración);
- cuando se dicte una decisión judicial de absolución firme o, incluso, no firme (§ 120, inc. 2.°), se rechace la apertura del juicio oral (§ 204), o se sobresea el proceso (§ 120, inc. 1.°, 2.ª oración) en razón de un impedimento procesal insubsanable, mediante auto o sentencia (§§ 206a; 260, inc. 3.°);
- cuando lo solicite la Fiscalía (§ 120, inc. 3.°), con lo cual el juez de la investigación también se halla aquí sujeto a una decisión de ella (cf. ya el § 162);
- cuando la prisión preventiva hubiera durado más de seis meses (§ 121, inc. 1.°), a menos que el OLG (§ 121, inc. 2.°) decida que investigaciones especialmente graves o extensas aún no permiten una sentencia y justifican el mantenimiento de la prisión preventiva. Excepcionalmente, pueden ser suficientes para ello otros motivos relevantes –a interpretar estrictamente–, tales como por ejemplo una demora debida a que los defensores han sido cambiados con frecuencia y a que han empleado un largo tiempo para examinar el expediente.[183] La «sobrecarga» general «de la justicia» no es un motivo relevante.[184] Desde la perspectiva del mandato de celeridad, rigen aquí parámetros más estrictos que en la cuestión acerca de si la duración excesiva del procedimiento conduce a un impedimento procesal (cf. *infra* § 14 nm. 27).

Si el *OLG* mantiene la prisión preventiva, debe realizar de oficio, cada tres meses, un examen de la prisión (§ 122, inc. 4.°, 2.ª oración). Los presupuestos para el mantenimiento de la prisión se vuelven más exigentes en cada oportunidad en la que se lleva a cabo ese examen.

5. La ejecución de la prisión preventiva

(17) Según la Reforma Federal I, la ejecución de la prisión preventiva es asunto de los estados federados. Entretanto, todos estos han dictado leyes de ejecución de la prisión preventiva. La competencia legislativa concurrente de la Federación solo admite limitaciones legitimadas por el fin de la prisión

183. OLG Hamm, *StV* (1996), 497.
184. Cf. BVerfG, *NStZ* (1994), 93; BVerfG, *NStZ* (2000), 153; *BGHSt* 38, 43, 45; tampoco la «sobrecarga no prevista del tribunal», BVerfG, *NStZ* (2004), 49; discurriendo exageradamente en detalle, BVerfG, *NStZ* (2005), 456.

preventiva: asegurar la realización debida del proceso penal. Tales restricciones son «en especial» (§ 119, inc. 1.°) las reservas de autorización para visitas y «regalos», las órdenes de vigilancia, el «confinamiento» y la separación de otros presos. Contra estas órdenes, si no resulta admisible otro recurso, puede acudirse al juez de la investigación (§ 119, inc. 5.°, 1.ª oración).

El derecho a poder comunicarse sin impedimentos con el defensor ha sido extendido a otras personas (cf. el catálogo en el § 119, inc. 4.°).

6. Remedios jurídicos

(18) Como remedios jurídicos existen el examen de la prisión preventiva y la queja contra la decisión de prisión. La relación entre ambos está regulada de manera poco clara. Para informarse sobre ambas, proponemos ver la «instrucción sobre los remedios jurídicos», que se expone en un cuadro más adelante. Aquí se explica sobre la manera habitual de proceder en Alemania.

En dicha «instrucción sobre los remedios jurídicos» se encuentra el siguiente sistema:

(19) El *examen de la prisión preventiva* a requerimiento (§ 117) conduce a que el juez competente evalúe si la prisión preventiva debe ser revocada o suspendida en su ejecución. Si se requiere dicho examen por segunda vez (o más oportunidades), el solicitante solo tendrá derecho a una audiencia oral, cuando la última audiencia oral hubiera tenido lugar dentro de los últimos dos meses y la prisión preventiva, desde la última decisión sobre ella, se haya prolongado por tres meses (§ 118, inc. 3.°). Luego de seis meses, el mantenimiento de la prisión preventiva será revisada de oficio por el *OLG* (§ 121).

Instrucción sobre remedios jurídicos respecto de la orden de detención

1) Contra la orden de detención, Ud. puede interponer queja.

2) Mientras Ud. se encuentre en prisión preventiva puede solicitar en todo momento, en lugar de la queja, la evaluación judicial acerca de si la orden de detención debe ser revocada o suspendida en su ejecución (examen de la detención). Esto no rige cuando la orden ha sido dictada porque se espera la revocación de la suspensión de una pena de prisión o de una pena respecto de jóvenes, o un internamiento (§ 453c StPO); en ese caso, Ud. únicamente puede interponer la queja.

3) La queja o el requerimiento de examen de la detención deben dirigirse:
   - antes de la formulación de la acusación pública, al tribunal que ha dictado la orden de detención.
   - después de la formulación de la acusación pública, al tribunal que se ocupa del asunto.

4) El tribunal puede decidir acerca de su queja sin audiencia oral.

Sobre su solicitud de examen de la detención, en cambio, debe tener lugar una audiencia oral, cuando Ud. así lo solicite expresamente. Si ya se ha procedido oralmente una vez, Ud. podría solicitar una nueva audiencia oral cuando la prisión preventiva hubiera durado al menos tres meses y hubieran transcurrido al menos dos meses de la última audiencia oral. Además, tampoco existe un derecho a una audiencia oral mientras continúe el juicio oral o se haya dictado una sentencia por la cual se condena a una pena o a una medida de seguridad

5) La queja o la solicitud de examen de la detención, así como el pedido de audiencia oral, pueden efectuarse en el protocolo de la Secretaría del tribunal designado en el n.º 3), o bien por escrito. En la medida en que Ud. no se encuentre en libertad, puede también hacer llegar estas manifestaciones a la Secretaría del Tribunal Municipal en cuya circunscripción se ubica la institución en la cual Ud. se halla bajo custodia por orden judicial.

La declaración escrita debe realizarse en idioma alemán.

(20) Con la *queja contra la decisión de prisión* se impugna, como con cada queja (§ 304), una decisión judicial. Esta puede ser la propia orden de prisión, pero también la decisión judicial que se dicta en el procedimiento de examen de la prisión (§ 117, inc. 2.°, 2.ª oración). El juez que ha dictado la decisión impugnada debe, o bien dar remedio a la queja, es decir modificar la decisión impugnada, o bien presentarla ante el tribunal que debe conocer finalmente la queja (§ 306). El procedimiento de queja contra la prisión es alternativo, en el sentido de que no se puede presentar conjuntamente con un requerimiento de examen de la prisión preventiva (§ 117, inc. 2.°, 1.ª oración).

7. La orden de detención europea

(20a) La orden de detención europea constituye una medida vinculada a una orden de detención dictada en el derecho interno, con la finalidad de búsqueda y entrega del perseguido, en el ámbito de la Unión Europea.[185] Hasta la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27.5.2019,[186] en Alemania estas órdenes eran dictadas por las fiscalías. Después de que dicho tribunal, con base en el derecho de impartir instrucciones externas (§ 147 GVG), criticara la ausencia de suficiente independencia de las fiscalías alemanas, las órdenes de detención europeas tienen que ser emitidas judicialmente, al igual que las órdenes de detención nacionales.[187] El (resto del) curso del procedimiento se basa en el principio del reconocimiento mutuo. Esto significa que, a diferencia del procedimiento tradicional de extradición, la solicitud del Estado requirente, en principio, debe reconocerse y ejecutarse en el Estado requerido (denominado

185. Instructivo, BeckOK/Inhofer, Art. 1 Decisión marco del Consejo (Unión Europea), 2002/584/JI nm. 6 s.
186. EuGH, *NJW* (2019), 2145; al respecto, Ambos, *Revista Española de Derecho Europeo* 71 (2019), 9.
187. BeckOK/Inhofer, art. 6 Decisión marco del Consejo (Unión Europea), 2002/584/JI nm. 1.

Estado ejecutante) sin una ulterior comprobación, de la misma manera que una decisión judicial pronunciada por un tribunal nacional. Sin embargo, también en el marco del procedimiento de orden de detención europea existen posibilidades para denegar el reconocimiento y la ejecución.[188]

IV. OTRAS INJERENCIAS EN DERECHOS FUNDAMENTALES

No es posible extraer un sistema a partir de la ley. La siguiente exposición aborda las medidas de coerción (v. *supra* nm. 5) según la secuencia de los parágrafos.

1. Internación para observación, § 81

(21) *a*) Desde el comienzo del procedimiento de investigación, el tribunal puede –luego de escuchar a un perito y al defensor (§ 140, inc. 1.°, n.º 6)– trasladar al imputado a una clínica psiquiátrica pública y hacerlo examinar durante seis semanas como máximo (inc. 5.°). El fin de esta medida solo puede ser aclarar si él era imputable en el momento del hecho (§§ 20 y 21 StGB) y si es capaz ahora de enfrentar el juicio (no, p. ej., las relaciones entre el «estado psíquico» y la credibilidad, el dolo, los motivos, etc.). El imputado debe tolerar esta privación de la libertad y su observación, si bien no está obligado a cooperar en ningún modo, inclusive en los exámenes médicos y en los *tests* psicológicos. Las injerencias con fines de diagnóstico requieren una justificación propia (p. ej., el consentimiento; § 81a).

b) Contra el auto mediante el cual se ordena el internamiento es admisible la queja inmediata (§ 81 inc. 4.°, 1.ª oración; § 311) –contrariamente al texto del § 305–, incluso cuando decide el «tribunal interviniente», es decir, a partir del comienzo del procedimiento intermedio.

2. Examen corporal del imputado, § 81a

(22) *a*) El imputado debe tolerar que su cuerpo, hablando en sentido técnico-probatorio (cf. *infra* § 21 nm. 33), se convierta en objeto de examen. Él no debe hacer nada; no necesita responder preguntas, cooperar con los *tests*, ingerir medios de contraste, etc. El imputado debe tolerar que los testigos lo inspeccionen en una confrontación (confrontación de identificación). El fundamento jurídico se encontraría según la opinión mayoritaria en el § 81a y según otros en el § 81b, aunque podría hallarse en el § 58, inc. 2.°.[189]

188. En detalle, véase Ambos (2018), § 12 nm. 43 ss.; Ambos (2018), 500 ss.
189. Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 58 nm. 9 (con referencias adicionales); crítico *Welp, JR* (1994), 37: vacío legal.

ISBN: 978-84-18432-78-1

DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

b) Mediante las inspecciones corporales simples (inc. 1.°, 1.ª oración), deben comprobarse cualidades o funciones corporales. La inspección de cavidades corporales tampoco constituye aún una injerencia (en sentido jurídico) según el § 81a inc. 1.°, 2.ª oración. La búsqueda de medios de prueba (objetos) en el cuerpo se rige según el § 102 (cf. *infra*, nm. 54).

c) La extracción de una muestra de sangre (inc. 1.°, 2.ª oración) es algo que el imputado debe tolerar; también, por consiguiente, que lo lleven forzosamente al médico. No precisa colaborar en el test de alcoholemia («sople de una vez»).

(23) *d*) Otras injerencias corporales (inc. 1.°, 2.ª oración), a diferencia de la simple inspección, están asociadas con lesiones (eventualmente, mínimas). La gravedad y el riesgo de las injerencias deben ponderarse con la gravedad del hecho y de la sospecha. Según esto, son posibles sin más radiografías, electrocardiogramas, electroencefalogramas, tomografías computadas; rara vez admisibles son la extracción de líquido cefalorraquídeo o la expulsión corporal (evacuaciones), es decir, el suministro compulsivo de vomitivos o laxantes;[190] siempre inadmisibles son la angiografía y las tomas forzosas de muestras de orina por medio de catéteres.[191]

(24) *e*) Según el § 81a inc. 2.°, 1.ª oración, el dictado de una orden de inspección corporal se encuentra reservada fundamentalmente al juez. La Fiscalía y (subordinadamente) su personal de investigación solo cuentan con competencia para ello en casos de peligro en la demora. Sin embargo, desde el año 2017, existe un caso especial regulado en el § 81a inc. 2.°, 2.ª oración, el cual, en casos de sospecha de delitos de tránsito, prevé una excepción a la reserva judicial. En tal caso, tanto la Fiscalía como su personal de investigación pueden ordenar tomas de muestra de sangre. De ahora en adelante, estas medidas serán ordenadas regularmente por el personal de investigación.[192]

(24a) *f*) Las prohibiciones de valoración se suscitan cuando la injerencia no había sido ordenada, o cuando fueron realizadas inspecciones no permitidas. Si la injerencia no fue efectuada por un médico, el resultado de la inspección puede valorarse cuando la competencia técnica faltante no haya influido en él (el enfermero ha extraído la muestra de sangre; cf. *infra* § 28 nm. 27).

3. Tratamiento para los fines de la identificación policial, § 81b

(25) Estas medidas de identificación pueden ser adoptadas contra imputados (mientras alguien sea solo «sospechoso», rige el § 163b, inc. 1.°). Ellas sirven, bien a los fines de la persecución penal, o bien a los de la «identificación policial». Esta segunda alternativa supone derecho policial, no pertenece a la StPO y sirve al fin preventivo de procurarse de antemano documentación para casos

---

190. *BGHSt* 55, 121; BGH, *NJW* (2012), 2453; EGMR, *NJW* (2006), 3117; BVerfG, *NStZ* (2000), 96. En la literatura véase por ejemplo Rogall, *NStZ* (1998), 66; Binder/Seckmann, *NStZ* (2002), 234.
191. Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 58 nm. 9 (con referencias adicionales); partiendo aún de la admisibilidad de la toma forzosa de muestras de orina, la decisión del BVerfG, *NStZ* (1993), 482.
192. Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 81a nm. 26.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

ulteriores. Son admisibles las fotos (no solo del rostro, sino de todo el cuerpo, de tatuajes, etc.), las huellas dactilares y «medidas similares», como por ejemplo vídeos de careos producidos públicamente (caso contrario, § 100h).[193] De acuerdo con la opinión dominante, el § 81 legitima también la aplicación de coacción directa para la preparación y realización de las medidas, como por ejemplo quitar el maquillaje, cortar o fijar el cabello (según BVerfGE 47, 239, esto se deriva del § 81a).

4. Inspección de otras personas, § 81c

a) § 81c, inc. 1.°

De acuerdo con esta disposición, toda persona no sospechosa por el hecho, respecto de la cual se presuma la existencia de rastros o consecuencias del hecho, puede ser inspeccionada sin su consentimiento. Esta simple norma es explicada con más detalle mediante dos reglas que, un tanto exageradamente, son denominadas «principios»:

(26) *Principio del testigo*: Solo deben tolerar una inspección las personas que entran «en consideración» como testigos, habida cuenta de que existen indicios concretos acerca de rastros o secuelas en ellos. Esto también es el caso cuando ellos no pueden efectuar declaraciones porque fueron incapaces de advertir algo (víctimas del hecho dormidas o inconscientes) o son incapaces de decir algo (bebés).

(27) *Principio del rastro*: Con la inspección solo pueden investigarse rastros o secuelas del hecho en el cuerpo. Rastros son alteraciones que admiten conclusiones respecto del autor o de la modalidad del hecho (heridas por corte, excoriaciones en la piel bajo las uñas). Secuelas del hecho son otras alteraciones en el cuerpo sin este significado indiciario (moretones).

Según el § 81a, el testigo (potencial) debe tolerar menos que el imputado. Solo están permitidas simples inspecciones en el cuerpo (cf. *supra* nm. 22); no, en cambio, injerencias corporales (cf. *supra*, nm. 23).

b) § 81c, inc. 2.°

(28) Al respecto, existe una excepción: la extracción de muestras de sangre, incluso para la comprobación de la ascendencia. Rige aquí nuevamente el «principio del esclarecimiento», sin restricción mediante los principios «del testigo» y «del rastro».

(29) *c*) El §81c contiene una regla concluyente. Una persona no sospechosa no tiene que soportar otras inspecciones (p. ej., las relacionadas con su

193. BVerfG, *NStZ* (1983), 84.

inteligencia, etc.).[194] La psicología de la declaración valora la verosimilitud de los dichos, no la «credibilidad» de una persona.[195] Si el testigo no acepta una pericia, según la jurisprudencia, puede procederse de manera tal, que será el juez quien lo interrogará en presencia de un perito, el cual puede formular preguntas complementarias (§ 80, inc. 2.°) y, finalmente, pronunciarse a través de un dictamen.[196] Dictámenes elaborados sobre esta base no solo deben analizarse con precaución,[197] sino que, en principio, son poco serios y carentes de valor.

5. ADN: análisis, comprobación de la identidad, §§ 81e-h

(30) El resultado negativo de un análisis del ADN excluye con seguridad una prueba del hecho. Un resultado positivo, sin embargo, solo tiene valor estadístico y no trae por sí solo una condena.[198]

a) La extracción del material se rige según los §§ 81a y 81c, y puede, por tanto, ordenarse en caso de peligro en la demora por la fiscalía y sus colaboradores en la investigación (§§ 81a, inc. 2.°; 81c, inc. 5.°, 1.ª oración). El análisis en sí mismo es posible durante dos años; por tanto, en principio no es urgente y debe ser ordenado por el juez cuando el afectado no consiente por escrito (§ 81f, inc. 1.°, 1.ª oración).[199] Cuando se pretenda sustentar una orden de detención en el resultado del análisis de ADN, debe poder surgir el peligro en la demora, que conduce a que la disposición sea también competencia de la fiscalía y sus colaboradores en la investigación.[200]

b) El análisis de ADN de las muestras extraídas según el § 81e, inc. 1.°, 1.ª oración, está restringido a la comprobación de los hechos. En cambio, desde el año 2009, el material encontrado u objeto de aseguramiento puede ser sometido a investigaciones con el fin de determinar el color de ojos, de cabello y de piel del investigado, así como también, su edad.[201] El resultado solo puede ser utilizado en el proceso penal en curso (inc. 2.°, 3.ª oración; § 81a, inc. 3.°).

c) Una *inspección en serie* (examen masivo: «todos los conductores de Porsche en Múnich»[202]) es posible cuando el juez así lo ordena y todos se avienen voluntariamente (§ 81h). Por lo tanto, quien se niega a la inspección no puede ser forzado a tal fin únicamente como testigo potencial, porque el principio del testigo exige puntos de apoyo concretos (*supra*, nm.

194. BGH, *NStZ* (1982), 432.
195. Sobre las exigencias, fundamentalmente, *BGHSt* 45, 164; con observaciones de Zieger, *NStZ* (2000), 105.
196. *BGHSt* 23, 1, con observaciones críticas de Peters, *JR* (1970), 67.
197. Así, BGH, *StV* (1991), 405.
198. *BGHS*t 37, 157.
199. Sobre la competencia, *BGHSt* 45, 376.
200. Así, la fundamentación de la modificación de la ley, del 12 de agosto de 2005.
201. *BGBl.* I (2019), 2121. Respecto al contexto, cf. p. ej., Zöller/Thörnich, ZIS (2017), 331.
202. BVerfG, *NJW* (1996), 3071.

26).[203] El requerimiento de participación no se dirige contra sospechosos, de modo tal que la sola negativa a cooperar no puede convertir a una persona en imputado. Nadie está obligado a cooperar activamente en la prueba de su inocencia. Por consiguiente, la negativa carece de relevancia probatoria.[204] De todas formas, cuando existe un grupo que es sospechoso según criterios abstractos, y una pequeña parte de él no se declara dispuesta a una inspección (prueba de saliva), la sospecha puede reforzarse y conducir a la orden de un examen forzoso.[205]

d) El § 81g permite el *almacenamiento* de una *muestra de identificación de ADN* para el futuro (una norma sobre el servicio de identificación policial).[206] El archivo de identificación de ADN es conservado en la BKA. El peligro de nuevos hechos penales relacionados («pronóstico negativo») es difícil de fundamentar antes de una condena firme. El § 81g inc. 4.° permite esta medida también respecto de condenados mediante sentencia firme; estos «casos antiguos» pueden remontarse hasta veinte (!) años hacia atrás (§ 46, inc. 1.°, núm. 3 BZRG). Un pronóstico negativo[207] es, pues, difícilmente imaginable. El *BVerfG* se ha limitado a poner requisitos rigurosos.[208]

6. Aseguramiento, incautación; §§ 94 ss.

Por lo general, en estos casos antecede un registro (cf. *infra* nm. 54 ss.).

«Objetos (a) que puedan ser de importancia como medios de prueba para la pesquisa (b) deben ser tomados en custodia o asegurados de otra manera (d)».

(31) *a) Son objetos*

- las cosas muebles de todo tipo (p. ej., también los soportes informáticos de datos);[209]
- las cosas inmuebles (terrenos, viviendas);
- los derechos. A ellos les falta el significado probatorio; se les asegura en otro procedimiento (cf. *infra* nm. 33).

---

203. De modo parcialmente diferente Kretschmer, *HRRS* (2012), 183, 185 ss., el cual desea recurrir al § 81c inc. 2.°.
204. *BGHSt* 49, 56, 58.
205. *BGHSt* 49, 56, 60.
206. El *BVerfGE* 103, 21 ve en ello «derecho proceso penal genuino», porque no se trata de defensa frente a peligros, sino de persecución penal futura.
207. No confundir con el «pronóstico social positivo» en el § 56 StGB; la ejecución condicional de la pena no se opone por tanto a la disposición en virtud del § 81g.
208. BVerfG, *StV* (2001), 145.
209. También los *e-mails* que se encuentran almacenados en el servidor de correo del proveedor –pero no todos, pues eso sería desproporcionado–; BGH, *NStZ* (2010), 345; BVerfG, *NJW* (2009), 2431.

(32) *b) «Como medios de prueba para la pesquisa»*

Estos deben poder ser de importancia. La relevancia probatoria solo potencial, conjuntamente con el débil presupuesto de la sospecha inicial para la injerencia, permite la realización de amplias medidas de aseguramiento. Se permite la intervención bajo el lema «quién sabe si no lo hemos de necesitar luego para apoyar nuestra presunción de una conducta punible». Lo que se prohíbe, por el contrario, es la incautación para sondear (bajo el lema «veamos si de estos documentos se puede crear una sospecha»).

c) Delimitación

(33) Los objetos sometidos a *confiscación* (§§ 73 ss. StGB) se aseguran de acuerdo con los §§ 111b ss.[210] Esto solo es posible por la vía de la incautación (§ 111b, inc. 1.°). Interesan aquí frecuentemente las relaciones de propiedad y las competencias para ordenar estas medidas.

Este no es el caso de las *licencias de conducir*. Ellas se aseguran pues –como excepción a los § 111b y ss.–, según el § 94 (inc. 3.°), aunque son susceptibles de confiscación (§ 69, inc. 3.°, 2.ª oración StGB); no como medio de prueba, sino por motivos preventivos. Ante un peligro en la demora, esta medida también puede disponerla la policía (§ 98, inc. 1.°, 1.ª oración). La legitimación debe ser distinguida del documento.

El permiso para conducir solo puede retirarlo provisionalmente el juez (§ 111a).

d) Aseguramiento, depósito, incautación

(34) El aseguramiento (concepto más general) se efectúa sin sujeción a formas cuando el titular de la custodia hace entrega de la cosa voluntariamente. En caso contrario, se la incauta (§ 94, inc. 2.°). Aseguramiento significa que la cosa se toma en depósito oficial o (en caso de incautación) se somete de otro modo a la tutela estatal (ej., se sella una vivienda). A través de esta medida no se genera una prohibición de enajenar, aunque el margen de actuación del afectado está restringido por los §§ 133, 136 StGB.

(35) *e*) El deber de entrega del § 95 le corresponde a todo aquel que tenga en custodia un objeto probatorio del tipo mencionado en el § 94; solo se exceptúa al imputado, que jamás está obligado a cooperar. La entrega puede conseguirse por la fuerza (a través del juez; inc. 2.°, en relación con el § 70); aunque no de quien tiene un derecho de abstenerse de prestar testimonio (§ 52 ss.). Los órganos de

210. Los estudiantes no tienen que familiarizarse con este complicado procedimiento. En la práctica son cada vez más importantes la recuperación de activos (§§ 73-76b StGB) y el «auxilio para la recuperación» (§§ 111b ss., 459h ss. StGB). La ley de reforma para la recuperación penal de activos de 13 de julio de 2017 ha modificado radicalmente la recuperación de activos en el StGB, así como también el §§ 111b ss.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

la persecución penal recurren al § 95 cuando es seguro que el objeto buscado se halla en poder de alguien, pero no pudo ser encontrado durante un registro.

También las *autoridades* están en principio obligadas a efectuar la entrega (ayuda oficial, art. 35, inc. 1.° GG; sobre la información, cf. *supra* nm. 2). No obstante, la máxima autoridad en el servicio puede, bajo los presupuestos del § 96, emitir una *declaración de bloqueo o impedimento.* De esta manera, se origina una prohibición de incautación. Pero si ella es arbitraria o supone un abuso del derecho, puede acudirse al medio de la incautación.[211]

(36) f) La prohibición de incautación del § 97 procura evitar que se eluda el derecho de abstención de prestar testimonio de un médico, abogado, etc., obteniendo material escrito en su poder. Lo que se le ha confiado («su secreto») debe permanecer con él. Ello sirve al interés de asegurar la confianza general en la institución de la medicina, abogacía, etc. (y solo como efecto colateral al interés del imputado en la reserva de su médico, abogado, etc.).[212] Opera, por lo tanto, únicamente cuando los objetos se encuentran bajo su custodia. Respecto del imputado, por el contrario, todo puede ser incautado (no, empero, el correo del defensor y la documentación de la defensa; sobre esto, *infra* § 11 nm. 14).

El § 97 protege la relación de confianza entre el imputado y quien se encuentra legitimado a denegar su testimonio.

> **Ejemplo**: Los diagnósticos del imputado no pueden incautarse del consultorio de su médico.

Los «secretos de terceros», que provienen de una relación de confianza con otro, si bien justifican (y obligan, § 203 StGB) la denegación del testimonio, no impiden la incautación (discutido).

> **Ejemplo**: En el proceso contra el autor, pueden incautarse los diagnósticos del médico que ha atendido *a la víctima*.

Si el legitimado a denegar el testimonio ha sido puesto bajo la sospecha de estar involucrado en el hecho punible del imputado –de haber cometido favorecimiento personal, frustración del castigo o receptación– la relación de confianza ya no es merecedora de protección y se revoca la prohibición de incautación. Lo mismo vale para los «objetos del delito» (inc. 2.°, 3.ª oración). Ellos pueden resultar del estadio preparatorio (intercambio de escritos sobre la estafa planeada) o de la fase posterior al hecho (carta de reconocimiento). Para el defensor rigen reglas especiales más estrictas (v. *infra* § 11 nm. 40).

(37) *g*) La incautación es ordenada (§ 98, inc. 1.°) o confirmada (inc. 2.°, 1.ª oración) por el juez. Para los casos del § 97, inc. 5.°, 1.ª oración (prensa, radio), ello rige incluso frente al peligro en la demora (§ 98, inc. 2.°, 1.ª oración). La

---

211. *BGHSt* 38, 237.
212. Cf. sobre los límites del § 97 (también con vistas al § 160a) BVerfG, *NJW* (2018), 2385, 2387 s., sobre el registro de despachos de abogados en relación con el escándalo de emisiones contaminantes de Volkswagen. Véase al respecto en la literatura, por ejemplo, Kempf/Corsten, *StV* (2019), 59.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

regulación de la vía jurídica del inc. 2.°, 2.ª oración tiene un carácter prototípico (cf. *infra* nm. 75). Una orden judicial no puede ejecutarse pasados los seis meses (cf. *infra* nm. 56).

(38) *h*) La incautación *postal* (§ 99) no es una incautación «del» correo, sino «en la» empresa de correo. Esta injerencia se encuentra regulada especialmente en el art. 10 GG. Ella no puede ser ordenada por la policía (§ 100 inc. 1.° a diferencia del § 98 inc. 1.°, 1.ª oración). En relación con la incautación de correos electrónicos son importantes los siguientes casos:[213] en la medida que se accede de modo «abierto» en el aparato terminal del emisor para obtener los correos electrónicos que se encuentran allí, la incautación de los correos electrónicos (como en el caso de otros datos almacenados) puede realizarse según los §§ 94 y ss. (por analogía). Lo mismo rige para los mensajes guardados en el aparato terminal del destinatario, sobre todo, porque en ambas situaciones ya no tienen lugar (más) telecomunicaciones (art. 10 GG) en las cuales podría intervenirse.[214] Si los correos electrónicos deben ser intervenidos en el proceso de transmisión, se produce una situación regulada en el § 100a. Se discute respecto a qué normas deben regir cuando se trata de correos electrónicos que se encuentran en el servidor de correo del proveedor –una situación con notable relevancia práctica–. Mientras que en la literatura recibe un amplio apoyo la aplicación del § 100a,[215] el BVerfG sostiene que si bien esto corresponde a un caso contemplado en el art. 10 GG (considerando también la ubicuidad y cotidianeidad de la comunicación por correo electrónico), la medida de injerencia podría apoyarse en los §§ 94 y ss.[216] El BGH también parte de la base de que los §§ 94 y ss. son pertinentes. [217]

7. Análisis computarizado de datos, § 98a

(39) Es un cruce automatizado de información entre determinadas características, que presumiblemente se refieren al autor, y un cierto grupo de datos.[218]

> **Ejemplo**: Los terroristas pagan la cuenta de electricidad en efectivo y, si es que lo han hecho, registraron su automóvil en otra parte. Se cotejan entre sí los datos de la empresa municipal de energía y de la oficina de registros, etc.

Sirve para filtrar no sospechosos (análisis negativo, como en el ejemplo), para detectar personas que se ajustan al perfil del sospechoso (análisis positivo) o para dar con nuevos puntos de búsqueda. No se presupone más que una sospecha inicial («indicios fácticos suficientes») respecto de ciertos hechos punibles determinados solo vagamente en un catálogo generalizador («… u organizados de otra manera» es casi lo contrario a una definición). Que deba tratarse de un

---

213. En detalle Zimmermann, *JA* (2014), 321.
214. Cf. Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 94 nm. 16a.
215. P. ej., Beulke/Swoboda (2020), nm. 253b.
216. BVerfG, *NJW* (2009), 2431, 2435.
217. BGH, *NJW* (2010), 1297, 1298; *NStZ* (2009), 397.
218. En detalle, Wittig, Jus 1997, 961.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

«hecho punible de considerable importancia» no ayuda demasiado. Este concepto apenas determinable margina seguramente los casos de bagatela. Comprende todos los hechos que pertenecen al menos al ámbito de la criminalidad intermedia y opera a partir de un límite máximo en la escala penal de dos años.[219]

La cláusula de subsidiariedad (inc. 1.°, 2.ª oración) está redactada de forma más amplia que en el caso de la vigilancia de las comunicaciones telefónicas (v. *infra* nm. 41) y se opone a un análisis computarizado solo cuando otra vía fuere comparativamente promisoria en términos de resultados.

8. Vigilancia de las telecomunicaciones, §§ 100a y b, y otras medidas técnicas de vigilancia

La vigilancia de las telecomunicaciones se denomina en la praxis «TKÜ» [*Überwachung der Telekommunikation*] y se ordena con mucha frecuencia (cerca de 20.000 veces al año).[220]

(40) *a*) El § 100a autoriza una injerencia en el secreto postal y de las telecomunicaciones (art. 10 GG) y en el derecho general a la personalidad (art. 2 inc. 1.° en relación con el art. 1 inc. 1.° GG). Las telecomunicaciones (especialmente por teléfono, fax, telefonía móvil, buzón de correo,[221] *e-mail*) como también según la jurisprudencia, la navegación a través de internet[222] pueden vigilarse y registrarse. Desde el año 2017 también se permite, según el § 100a inc. 1.°, 2.ª oración, intervenir en el aparato (equipo terminal de datos) del afectado por la medida de vigilancia de las telecomunicaciones (denominado fuentes de vigilancia de las telecomunicaciones), lo que es especialmente relevante cuando se trata de comunicaciones cifradas.[223] El § 100a debe interpretarse de manera taxativa y en sentido restringido. Junto con ello se halla además el art. 1, § 1 G 10 («Ley para la limitación del secreto epistolar, postal y de las telecomunicaciones»), la cual concede a las autoridades de tutela constitucional de la federación y de los

219. La ley lo emplea asimismo en los §§ 68b, 2.ª oración, núm. 3; 81g, inc. 1.°, núm. 1; 100c, inc. 1.°; 100g, inc. 1.°, 1.ª oración; 100i, inc. 2.°, 2.ª oración; 110a, inc. 1°, 1.ª oración; 131 ss.; 163e, inc. 1.°, 1.ª oración; 163f, inc. 1.°, 1.ª oración.

220 Cf. la correspondiente estadística de libre acceso: <https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Justizstatistik/Telekommunikation/Telekommunikationsueberwachung.html>. Fecha de última consulta: 8 de julio de 2021.

221. BGH, *NStZ* (1997), 247.

222. En el resultado, es aceptado por el BVerfG, *NJW* (2016), 3508; crítico, p. ej., Hiéramente, *HRRS* (2016), 448, 452, quien exige un fundamento específico para la vigilancia de la utilización de internet. De todos modos, el BVerfG exige la prueba de que la vigilancia de la utilización de internet es necesaria o si, en vez de ello, por ejemplo, la vigilancia del teléfono y el *e-mail*, son suficientes (*NJW* [2016], 3508, 3511). Cf. también BGH, MMR (2001), 442, 443, según el cual, con base en el § 100a, sería posible extraer de un teléfono móvil, no solo los contenidos de la telecomunicación, sino también «los reportes de ubicación» regulares provenientes del teléfono móvil.

223. Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 100a nm. 14b. La medida tiene que ser «necesaria», lo cual, sin embargo, será la regla general en casos de comunicación cifrada a través del internet, por lo cual apenas puede hablarse de subsidiariedad (cf. Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 100a nm. 14e).

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

estados federados, así como al Servicio Federal de Inteligencia, facultades para practicar las escuchas. El § 100a se refiere a las conversaciones futuras y a su contenido (etc.). La sola consulta de los datos de contacto de una telecomunicación se rige por los §§ 100g y h (v. *infra* nm. 47a).

Las «conversaciones en el ambiente» no pueden ser intervenidas.

> **Ejemplo**: El teléfono de X está bajo vigilancia. Él ha efectuado un llamado. Después de finalizar una conversación, no colgó correctamente el auricular y mantuvo una conversación con su esposa. La policía puede escuchar. Esto ya no constituye «tráfico telefónico» y, por lo tanto, no puede ser valorado.[224]

Distinto ha de ser el caso en el que el vigilado llama a alguien con el celular desde el auto, va a parar al buzón de voz y cierra la tapa del aparato sin haber terminado la conversación, de manera tal que, mientras corre el tiempo del buzón de voz, es grabada la conversación con el otro ocupante del auto. Durante este tiempo habría existido una «telecomunicación».[225] A diferencia del caso también mencionado (BGHSt 31, 296), la conversación no habría afectado «el círculo vital más personal» «ni espacialmente, ni con relación al círculo de los partícipantes».[226] La orientación de la injerencia en el derecho fundamental no se alteraría por el hecho de que se hubiera escuchado sin intención. Pero inclusive estos presupuestos (§ 100f) se habrían configurado (respecto al argumento del curso de investigación hipotético en la prueba prohibida, cf. *infra* § 28 nm. 14).

Si alguien se comunica telefónicamente con el imputado y le permite escuchar a un funcionario policial, no se configura la injerencia del § 100a (cf. también *supra* § 9 nm. 20).[227]

b) Presupuestos, § 100a, inc. 1.°, 1.ª oración

(41) *aa*) Para el dictado de la orden basta la sospecha simple (sospecha inicial), cuando ella esté concretamente fundada, es decir, mediante hechos determinados.

bb) La sospecha debe referirse a un hecho del catálogo. El catálogo (que se amplía permanentemente) es taxativo, aunque trae consigo ciertas ampliaciones.

> **Caso 1**: La fiscalía está tras los pasos del «estafador millonario» B. En un estado de emergencia probatoria, ordena la intervención telefónica y alega que se trata de un hecho extraordinariamente grave, que no puede esclarecerse de otro modo.

La estafa no está mencionada en el § 100a. El catálogo no puede ampliarse de caso en caso por la vía del § 34 StGB.

---

224. *BGHSt* 31, 296.
225. BGH, *NStZ* (2003), 668; en contra, Fezer, *NStZ* (2003), 625.
226. BGH (*ibid*.).
227. *BGHSt* 39, 335; Welp, *NStZ* (1994), 294.

Caso 2: Existen indicios de que A, desde un auto que conducía B, disparó e intentó asesinar a X. El teléfono de B es intervenido.

Esto es admisible. Los partícipes también están abarcados, y la tentativa es suficiente.

Caso 3: Este auto habría sido sustraído por C.

El teléfono de C puede ser vigilado. Si bien el hurto no es un hecho del catálogo, aquí habría sido cometido (presumiblemente) para la preparación de un intento de asesinato.

Caso 4: El contador despedido de una empresa gastronómica formula denuncia penal contra los camareros; ninguno pagaría impuestos por las propinas.

La defraudación tributaria (§ 370 AO) no es un hecho del catálogo. Sin embargo, puede conjeturarse que los camareros constituyen una «asociación criminal» (§ 129 StGB, § 100a inc. 2.°, nm. 1d) y por eso pueden escucharse sus teléfonos. El carácter imprescindible de la medida (principio de subsidiariedad) establece límites (§ 100a inc. 1.°, nm. 3). Ellos no son demasiado estrictos.

Finalmente, la vigilancia de las telecomunicaciones es inadmisible cuando existen indicios de que solo se conseguirán informaciones referidas al ámbito nuclear de la vida privada de una persona (§ 100d inc. 1.°, 1.ª oración).

Caso 5: W forma parte presumiblemente de un grupo de traficantes de armas. La policía solicita una intervención telefónica, toda vez que de otro modo estaría obligada a vigilar a W día y noche, durante semanas.

La observación demanda un esfuerzo de trabajo desproporcionadamente alto y compromete al personal. Según la opinión mayoritaria, esto basta como fundamentación.

cc) El principio de proporcionalidad, según la opinión dominante, no está suficientemente recogido en el tratamiento de los dos presupuestos de intervención referidos al catálogo de hechos que autorizan la medida y el carácter imprescindible de esta, y por eso debe ser observado adicionalmente.[228]

Ejemplo: En el caso 1 (ahora con una variante: sospecha de haberse cometido extorsión, que es un hecho del catálogo). Ya no se trataría del esclarecimiento del hecho, sino únicamente de descubrir dónde se encuentra B.

El fin es una detención y, consecuentemente, la intervención telefónica ya no puede ordenarse con la sospecha simple, sino, como en el caso de la orden de detención (cf. también § 127, inc. 2.°), se necesita una sospecha vehemente.

---

228. KK-StPO/*Bruns,* § 100a nm. 32.

c) Los afectados; § 100a, inc. 1.°, 1.ª oración

(42) Pueden ser vigiladas no solamente las conexiones del imputado, sino también de personas no sospechosas, cuando existen motivos concretos para sospechar que el imputado utiliza su conexión con o sin su conocimiento (amigos, empresa, taberna que frecuenta) o que ellos reciben o reenvían mensajes para el imputado (intermediario). El hecho de que aquí resulten afectados terceros no intervinientes es inevitable y no debe ser objetado constitucionalmente.[229] El secreto profesional de quienes tienen un derecho de abstenerse de prestar testimonio según el § 53 solo puede ser intervenido cuando ellos pertenecen al círculo sospechoso que describe el § 160, inc. 4.°, 1.ª oración. El privilegio del § 52 no impide la intervención telefónica. El § 148 prohíbe escuchar las conversaciones con el defensor (correctamente incluso bajo la sospecha de participación, etc.; cf. *infra* § 11 nm. 41).

d) Orden y duración

(43) La orden le está reservada al juez (§ 100e, inc. 1.°, 1.ª oración). La medida se limita a un plazo máximo de tres meses, pero puede ordenarse nuevamente (§ 100e, inc. 1.°, 4.ª y 5.ª oración). El plazo corre a partir de la orden y no de la ejecución. De otro modo, la autoridad de investigación podría determinar cuándo comienza la vigilancia y, de esta forma, eludir el control judicial de esta medida.[230] Ante el peligro en la demora, la fiscalía puede impartir una orden, la cual, sin embargo, debe ser confirmada por el juez dentro de los tres días (§ 100e, inc. 1.°, 2.ª y 3.ª oración).

e) Valoración

(44) *aa*) Se valoran los conocimientos, de tal modo que las grabaciones (vigilancia de las comunicaciones telefónicas) o los soportes de datos (vigilancia a través de internet, etc.) son examinados mediante reproducción o exhibición (impresión) mediante una percepción directa, o se las transcribe y se leen estos registros (respecto de estas formas de producción de la prueba, cf. *infra* § 21 nm. 33, 37).

bb) Si la orden fue lícita, producto de la sospecha por un hecho del catálogo, los conocimientos pueden valorarse también de esa forma –es decir, directamente– respecto de otros hechos punibles, inclusive cuando no se trate de hechos del catálogo. No obstante, ellos deben conformar una unidad con el hecho del catálogo desde el punto de vista jurídico-material (concurso ideal) o procesal.

229. *BVerfGE* 30, 22.
230. *BGHSt* 44, 233.

Ejemplo: En el caso 4, se puede recurrir a las conversaciones para la prueba de la defraudación tributaria, toda vez que este delito se encuentra en una unidad fáctica respecto del § 129 StGB.

De acuerdo con la opinión dominante, esta solución rige incluso cuando la acusación se formula solamente por este hecho (defraudación tributaria) y no por el hecho del catálogo (§ 129 StGB).[231] Ello debe rechazarse pues provoca virtualmente el desconocimiento del catálogo (cf. la «construcción» en el caso 4).

(45) *cc*) La valoración indirecta ha de ser siempre admisible («indirecta» en sentido amplio: indicación de otros medios de prueba; cf. *supra* § 9 nm. 25, 27).

Ejemplo: En el caso 3, C cuenta que él, además, vende pornografía infantil (§ 184, inc. 3.° StGB). La policía puede tomar esto como razón para un registro de su vivienda. **Variante**: Es su interlocutor D quien dice eso respecto de sí mismo. Rige lo mismo.

f) Prohibiciones de valoración

(46) Se originan cuando:

- fue desatendida la competencia del juez (§ 100e, inc. 1.°), aunque, si no se confirma la orden de la fiscalía (cf. *supra* nm. 43), permanece susceptible de valoración lo que se grabó dentro de los primeros tres días;
- no existió la sospecha de un hecho del catálogo;[232]
- la información que se ha obtenido se refiere al nucleo esencial de la vida privada (§ 100d, inc. 1.º, 1.ª oración);
- se ha infringido el principio de subsidiariedad (cf. *supra*, nm. 41);
- se vigilaron conversaciones con el defensor (cf. *supra*, nm. 42).

Quien evalúa los presupuestos de la injerencia puede haber cometido errores (únicamente no puede haber falta de claridad respecto a la competencia para librar la orden). Según la jurisprudencia, no toda evaluación incorrecta desencadena una prohibición de valoración, sino solo las groseras o las objetivamente arbitrarias.[233] Dada la gravedad de la injerencia, sin embargo, cabe esperar que se trabaje con exactitud y que todo desacierto sea sancionado.

Caso 6: El defensor quiere comunicarse telefónicamente con su mandante, pero solo logra contactar a la esposa de este, con quien habla sobre el hecho imputado.

Esta conversación puede valorarse. El § 148 es evidentemente inaplicable y el § 100d inc. 5.°, 2.ª oración prevé, con base en la exigencia de proporcionalidad, limitaciones de valoración diferenciadas con respecto a las personas excusadas de prestar declaración (§ 52), solamente cuando se ejecutan las medidas

231. *BGHSt* 28,122.
232. *BGHSt* 31, 304, 309.
233. *BGHSt* 41, 30, 34.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

previstas en el §§ 100b y 100c. El fin de protección del § 52 –impedir conflictos entre el deber de decir la verdad y la relación con el imputado–, según la opinión dominante, no se opone a la grabación y a la valoración. Precisamente este es el caso en los §§ 53 ss.: para la protección de los secretos profesionales, debe interpretarse restrictivamente el § 100a (cf. ya *supra* nm. 42).

(47) *g*) Los hallazgos casuales en el sentido del § 108 siempre pueden ser incautados durante un registro; sin embargo, los conocimientos casuales durante una vigilancia lícita según el § 100a no siempre pueden ser valorados de manera directa. Depende de si se trata de un hecho del catálogo.[234] Con el § 479, inc. 2.°, 2.ª oración (hasta noviembre de 2019: § 477 inc. 2.°, 2.ª oración),[235] el legislador ha confirmado el sistema desarrollado por la jurisprudencia.

Con todo, la valoración *indirecta* debe ser posible (cf. *supra* nm. 45) y la infracción contra el § 100a *carece de efecto extensivo*.[236]

> **Ejemplo**: Por la sospecha de un hurto (§ 242 StGB) la policía lleva a cabo una intervención telefónica (violación del § 100a: no es un hecho del catálogo, no hay orden judicial). Lo que ha sido escuchado no puede emplearse para acreditar el hurto. D ha manifestado, además, que él falsifica tarjetas de crédito (§ 152a StGB, no es un hecho del catálogo). Tampoco esto puede ser valorado de manera directa. No obstante, a la policía le está permitido realizar un registro en la casa de D con el objeto de incautar todas las falsificaciones.

El ejemplo muestra que esta teoría provoca la lisa y llana omisión de los presupuestos de la injerencia.

(47a) *h*) Para la información referida a determinado tráfico de datos (§ 3 nm. 30 TKG), que los proveedores de servicios pueden guardar para sus propios fines (§ 96 inc. 1 TKG) o se encuentran obligados a hacerlo (§ 113b TKG), es pertinente el § 100g inc. 1.° y 2.°.

Consulta de células telefónicas [Cell ID], es decir, el levantamiento de todos los detalles de conexión producidos en una determinada célula de teléfono móvil se encuentra prevista en el § 100g inc. 3.°. Los §§ 101a y b regulan el procedimiento. La conservación de datos sin un motivo o la utilización de los respectivos datos es problemática desde la perspectiva del derecho europeo y constitucional.[237] Con la aclaración pendiente ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el BverfG como trasfondo, la Agencia Federal de Redes (competente en este sentido) ha suspendido la obligación del proveedor de conservar los datos respectivos.[238]

(47b) *i*) Cuando no se conoce el número de teléfono –p. ej., respecto de celulares prestados o tarjetas-chip cambiadas– la orden de vigilancia telefónica debe

234. Cf. finalmente BGH, *NStZ* (1998), 426.
235. Cf. Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 479 nm. 1 y 3.
236. *BGHSt* 32, 68, 70.
237. Cf. Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 100g nm. 3 ss. (con más referencias).
238. En detalle, véase BeckOK StPO/Bär (2021), § 100g nm. 52 ss.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

contener otra «identificación» (§ 100e, inc. 3.°, n.º 5). El número de tarjeta IMSI (*International Mobile Subscriber Identity*) se otorga solo una vez en todo el mundo y es conocido únicamente por el proveedor de red. No obstante, puede ser investigado a través de técnicas de medición. Así lo autoriza el § 100i. Según la posición del BGH, la práctica frecuente de envío de «SMS silenciosos» puede apoyarse en el § 100i inc. 1.°, n.º 2.[239]

9. Registro a través de internet

(47c) *A través de la «Ley para una configuración del proceso penal más efectiva y adecuada para la práctica» se incorporó el § 100b, referido al registro* online*, es decir, la infiltración en sistemas técnico-informativos a través de la cual se posibilita el acceso secreto a datos almacenados allí.*[240] *Como medida de protección jurídica, el registro* online *ya se encontraba previsto en algunas leyes de policía y en el* § 20 BKAG, y, en adelante, en el § 49 BKAG.

Según el § 100b inc. 1.°, es admisible la infitración técnica de un aparato. Sin embargo, no se comprende el ingreso en la vivienda con el fin de conseguir la infiltración.[241] Tras una infiltración exitosa en el sistema «pueden levantarse datos desde allí», es decir, los datos del sistema. Por consiguiente, es inadmisible activar clandestinamente cámaras o micrófonos del sistema infiltrado.[242]

(47d) *Los presupuestos de la medida de injerencia se orientan por aquellos establecidos para el espionaje acústico de la vivienda* (§ 100c).[243] *Es suficiente la sospecha inicial concreta fundada en hechos determinados* (inc. 1.°, n.º 1), relacionada con un hecho del catálogo, el cual debe tener un peso igualmente relevante en el caso individual (inc. 1.°, n.º 2). Según el § 100b inc. 1.°, n.º 3, el registro on line es subsidiario y (como en el «TKÜ») debe tenerse en consideración el § 100d.

(47e) *Las medidas deben dirigirse fundamentalmente contra el imputado. Ellas vienen en consideración en contra de terceros bajo el cumplimiento de los requisitos del* § 100b inc. 3.°, 2.ª oración.

(47f) *La disposición de la medida se encuentra reservada a la Cámara de protección del Estado del Tribunal Estadual que resulte competente. En caso de peligro en la demora debe resolver el juez superior del Tribunal* (§ 100e inc. 2.°, 1.ª y 2.ª oración, en relación con el § 74a inc. 4.° GVG), cuya orden debe

239. BGH, *NStZ* (2018), 613 s.; crít.: Rückert, *NStZ* (2018), 613 s.; cf. también Farthofer, ZIS (2020), 190, 195.
240. Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 100b nm. 1.
241. En detalle, Soiné, *NStZ* (2018), 497, 500 s., respecto a la infiltración técnica a distancia, a la infiltración de un aparado desde fuera de la vivienda (por ejemplo, en el marco de un control, a la utilización de un investigador encubierto con fines de infiltración en la vivienda y la concurrencia de las órdenes en virtud de los § 100b y c.
242. Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 100b nm. 2; Soiné, *NStZ* (2018), 497, 502, sin embargo, considera esto como admisible: llevar al sujeto vigilado, por medio de la astucia criminalística, a encender los sensores del aparato.
243. Crítico p. ej., Großmann, *GA* (2018), 429, 455 ss., bajo el argumento de que las medidas no pueden ser comparadas ni respecto a su tipo, ni a la intensidad de la injerencia.

ser confirmada dentro de tres días por la cámara (§ 100e inc. 2.°, 3.ª oración). La medida se encuentra limitada al plazo de un mes, pero puede ser prolongada como máximo por un mes cada vez (§ 100e inc. 2.º, 4.ª y 5.ª oraciones). El Tribunal superior estadual es el que debe decidir si la ya medida ha sido prolongada en su totalidad por seis meses (§ 100e inc. 2.º, 6.ª oración).

***(47g)** La valoración de conversaciones que tienen lugar mediante el aparato requiere la disposición paralela de (Fuentes de) «TKÜ» (*cf. supra nm. 44 y ss). A diferencia del caso del *«TKÜ» (cf.* supra *caso 6), pueden tener lugar aquí, en los casos del* § 52, situaciones de prohibición probatoria (§ 100d inc. 5.º, 2.ª oración). V. además las explicaciones sobre la gran escucha (Großen Lauschangriff) (infra nm. 51 s.).

10. Empleo de medios técnicos y vigilancia de establecimientos privados, §§ 100c ss.

a) Tomas fotográficas (§ 100h, inc. 1.°, núm. 1)

(48) La comparación con el núm. 2 muestra que se alude a las fotografías clandestinas con fines de observación.[244] El aseguramiento de rastros en el lugar del hecho no es una injerencia y forma parte de las «investigaciones libres» (cf. *supra* nm. 1). Las fotografías según el núm. 1 se realizan en público; la ley, por lo tanto, no establece exigencias ulteriores sobre el hecho punible de cuyo esclarecimiento se trata. Esto es diferente en el caso de:

b) Empleo de otros medios técnicos (§ 100h, inc. 1.°, núm. 2)

(49) Si se trata de la imagen, rige el inc. 1.°, núm. 1; si lo que importa es la palabra hablada, rige la regla sobre el espionaje acústico (§§ 100c y f). Restan, pues, por ejemplo, rastreadores, el sistema GPS,[245] el detector de movimientos, etc. Su empleo está acoplado a la existencia del presupuesto (indeterminado, *supra* nm. 39) referido a un «hecho punible de importancia considerable». El legislador ha dejado a la policía demasiado margen de maniobra. Medidas de investigación descoordinadas de diferentes autoridades, sobre todo, tienen el efecto de una injerencia «aditiva» en los derechos fundamentales, de muy difícil control.[246]

244. *BGHSt* 44, 13.
245. *BGHSt* 46, 266; con nota de Kühne, *JZ* (2001), 1144.
246. BverfG, *NStZ* (2005), 388.

c) Escucha y grabación de la palabra hablada no-pública – «pequeño» espionaje acústico (§ 100f)

(50) Esta medida, antes inadmisible,[247] está permitida por la OrgKG 1992. Es comparable con la vigilancia de las telecomunicaciones y está regulada análogamente, incluso en lo que concierne a la cláusula de subsidiariedad (de otra forma inútil o esencialmente entorpecida). El campo de aplicación es el ámbito exterior del «domicilio». La tradición constitucionalista entiende por este «todo ambiente no accesible en general, que es el lugar de residencia o labor de la persona», es decir, también los ambientes de trabajo, de empresa y de negocios.[248] Está orientada por el derecho a no ser perturbado.[249] Este derecho no se tiene en el salón de visitas del establecimiento penitenciario.[250]

d) Escucha y grabación de la palabra hablada no-pública – «gran» espionaje acústico (§ 100c)

(51) Esta injerencia en el art. 13 GG está autorizada por la «Ley para el perfeccionamiento de la lucha contra la criminalidad organizada» del 4 de mayo de 1998. El catálogo de hechos punibles es más limitado que en los casos de los parágrafos §§ 100a inc. 2.° y 100f, inc. 1.°. Quien cuenta con un derecho de denegar el testimonio por razones laborales (§ 53) no puede ser espiado (prohibición de recolección probatoria, § 100d, inc. 5.º, 1.ª oración) cuando sea afectada la relación de confianza con su cliente, paciente, etc. El § 160a, inc. 4.° admite no obstante la vigilancia del domicilio, cuando exista la sospecha de participación o de encubrimiento (concordante con el § 97, inc. 2.°, 2.ª oración) y, de este modo, lesiona el derecho especial sobre la vigilancia telefónica creado para el defensor (cf. *supra* nm. 42).[251] Las personas más próximas (§ 52) y las personas colaboradoras (§ 53a) no están seguras frente a esta medida. Si los conocimientos pueden ser valorados, es algo que resulta de una ponderación (§ 100d, inc. 5.°, 2.ª oración). Al respecto decide el tribunal que también es competente para ordenar la medida, a saber, la Cámara de Protección del Estado del Tribunal Estadual (§ 100e, inc. 2.°, 1.ª oración).

Las informaciones de tipo personal provenientes de esta medida pueden ser empleadas en otros procesos penales, cuando éstas se refieran a un hecho del catálogo que habilitaría a ordenar el espionaje, así como a conjurar peligros (§ 100e, inc. 6.°). En lo demás, rige una *prohibición de valoración* (§ 100d, inc. 1.°, 1.ª oración).

---

247. *BGHSt* 34, 34, 50.
248. *BGHSt* 42, 372, 375.
249. *BVerfGE* 89, 1, 12.
250. *BGHSt* 44, 138; en BGH, *NStZ* (2009), 519, sin embargo, se llega a una prohibición de valoración, derivada –aunque no fundamentada consistentemente– del mandato de lealtad (*Fairnessgebot*).
251. Cf. *BGHSt* 33, 347 ss.

El *BVerfG* había declarado inconstitucionales partes de la antigua regulación y había demandado modificaciones; especialmente, había exigido[252] que:

– debía ser protegido absolutamente un ámbito nuclear del desenvolvimiento de la vida privada;
– a los fines de la protección de este ámbito nuclear, no podían vigilarse –y debía interrumpirse de inmediato la vigilancia de– las conversaciones con los parientes más próximos, con los confidentes y con los portadores del secreto profesional;
– debía crearse una prohibición de valoración pertinente y, de esta manera, asegurar que una autoridad independiente evalúe de antemano la utilización de los conocimientos;
– fuera del ámbito nuclear protegido absolutamente, debía aplicarse de forma más estricta el principio de proporcionalidad y, por lo tanto, correspondía redactar más estrictamente el catálogo de hechos punibles y limitarlos a los casos de criminalidad especialmente grave;
– debía protegerse mejor a los terceros no sospechosos;
– las restricciones al deber de notificar no podían estar ligadas a la cláusula general de la «seguridad pública»;
– debía intensificarse el control judicial correspondiente;
– las normas sobre destrucción de datos no perturbaran la efectiva protección jurídica de los afectados.

El legislador intentó hacerse cargo de esto en las normas monstruosas sobre el gran espionaje acústico. Difícilmente practicable, en especial, es el § 100d, inc. 4.°, 2.ª oración, que debe proteger el ámbito nuclear de configuración de la vida privada (en detalle sobre la prohibición de valoración, *infra* § 28 nm. 39 s.). En todo caso, esto puede resultar efectivo cuando la policía no graba automáticamente, sino que escucha («vigilancia en tiempo real»). La paradoja consiste en que, si bien se permite espiar en los domicilios, no se permite conculcar el ámbito nuclear de configuración de la vida privada; no obstante, asegurar ese núcleo es el sentido de un domicilio.

(52) La valoración de informaciones de índole personal es admisible también con fines preventivos (§ 100e, inc. 6.°, núm. 2).[253] A la inversa, los conocimientos obtenidos en un «gran» espionaje acústico de forma lícita[254] según el Derecho de policía, pueden ser utilizados para el esclarecimiento de un hecho del catálogo en un procedimiento penal (§ 100e, inc. 6.°, núm. 3). La estricta separación de las facultadas preventivas y represivas es abandonada en este punto.[255]

Habida cuenta de que, respecto de las prohibiciones de valoración, el legislador se atuvo al modelo del § 100a y no excluyó el efecto extensivo, cabe suponer

252. BVerfG, *NStZ* (2004), 270.
253. Esto no es conciliable con las premisas de BVerfG, *ibid*.
254. BGH, *NStZ* (2010), 44. Para las reglas de utilización de la StPO rigen los mismos principios que para las prohibiciones de valoración; BGH, *ibid*.
255. Cf. ya BGH, *StV* (1996), 185; Welp, *NStZ* (1995), 602; Schnarr, *StraFo* (1998), 217.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

que los «conocimientos casuales» también pueden ser valorados aquí de forma indirecta (cf. *supra* nm. 47). Ahora, el *BverfG* ha sostenido, solo (aunque por lo menos) para el «ámbito inviolable de configuración de la vida privada» que los conocimientos «no pueden utilizarse en el proceso principal, ni ser punto de partida de investigaciones ulteriores».[256]

e) Afectados

(53) Estas medidas, con excepción del «gran» espionaje acústico (§ 100c, inc. 2.°), pueden dirigirse no solo contra los afectados, sino deliberadamente, bajo determinados presupuestos más estrictos, contra cualquiera (§ 100f, inc. 2.°, 2.ª oración; con excepción del defensor, § 148). Estas restricciones no rigen cuando se procede contra el imputado y, de esta forma, resultan inevitablemente afectados terceros (transeúntes, interlocutores) como efecto colateral (§ 100f, inc. 3.°).

11. Registro; §§ 102 ss.

El registro es una intervención en los derechos fundamentales de los arts. 2 y 13 GG. El no sospechoso (§ 103) debe tolerar menos que el sospechoso (§ 102). Los registros pueden tener lugar a partir del inicio del procedimiento de investigación, hasta que la sentencia quede firme (de modo que dentro de «sospechoso», como concepto más general, quedan comprendidos tanto el acusado como el condenado).

a) Registro respecto del sospechoso, § 102

aa) Presupuestos

(54) La opinión dominante admite el registro cuando la experiencia criminalística permite suponer que podría ser exitoso. Una presunción que se apoye en ella resulta ya suficiente; solo quedan excluidas las «meras» suposiciones. Esto es menos que una sospecha inicial (exigida por una opinión minoritaria),[257] sin embargo, un registro no puede estar orientado a fundar recién una sospecha.[258] El «sospechoso» no necesita ser aún imputado; si hubiera que interrogarlo, ello debería ocurrir por la vía del interrogatorio informativo de un testigo (cf. *supra* § 9 nm. 6). La «publicidad» del registro en el sentido del § 102 excluye la posibilidad de un registro (oculto) por internet (por eso, se requiere el § 100b, así *supra* nm. 47c y ss.).

---

256. BVerfG, *NStZ* (2004), 270, 271.
257. Cf. LR/Tsambikakis *(2006)*, § 102 nm. 12 (con referencias adicionales), que al final también exige «sospecha inicial según el § 152 inc. 2.°».
258. *BVerfG, NStZ* (2019), 351.

bb) Objetos

Son sometidos a registro:

- los domicilios y los ambientes que el imputado utiliza, con facultades o sin ellas, solo o con otros;
- su persona, en búsqueda de cosas o de rastros en el cuerpo (cf. *supra*, nm. 22);
- cosas muebles que «le pertenecen». Con ello se alude a la posesión y a la (co-) custodia, no a las relaciones de propiedad, porque según el fin de la medida lo que importa es describir el entorno del sospechoso.

cc) Fines

Se pretende encontrar un medio de prueba o aprehender al sospechoso, es decir, detenerlo. Este también puede ser el ya condenado (cf. *supra*, anterior al nm. 54).

b) Registro respecto de otras personas; § 103, inc. 1.°, 1.ª oración

aa) Presupuestos

(55) Son más estrictos que en el § 102. Deben «existir hechos»; las presunciones no bastan. La expresión «otras personas» a que se refiere el precepto, comprende también a las personas jurídicas y a las autoridades.

El principio de proporcionalidad ordena que, primeramente, se requiera al afectado, que no es sospechoso de haber cometido el hecho o participado en él, a entregar el objeto buscado.

bb) Objetos

Son los mismos que en el § 102. Aunque no está mencionado expresamente, también puede ser registrada la persona, toda vez que el § 81c autoriza aún más, o sea, su inspección corporal.

cc) Fines

Determinados hechos deben permitir la conclusión de que será hallado un determinado medio de prueba, el imputado o la pista de un hecho punible. Los objetos que no son susceptibles de incautación en razón del § 97, ni siquiera pueden ser buscados.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

c) Registros en edificios; § 103, inc. 1.°, 2.ª oración

En la búsqueda de «terroristas» (el texto de la norma es más preciso), para el registro de una vivienda, no se necesita la suposición fundada de que ellos se encuentran justamente allí, sino solamente de que ellos podrían encontrarse en alguna de las viviendas de ese edificio.

d) Registro en habitaciones; § 103, inc. 2.°

Cuando el imputado ha permanecido en habitaciones, y aunque sea solo por poco tiempo (p. ej., en la huida), el dueño no puede ampararse en las restricciones del inc. 1.°, 1.ª oración, sino que tiene que soportar el registro como en el caso del sospechoso.

e) Resolución sobre el registro; § 105, inc. 1.°

(56) Ante el peligro en la demora, la fiscalía y sus órganos de investigación pueden impartir órdenes de registro que no requieren de confirmación judicial posterior (distinto al caso de la incautación; § 98, inc. 2.°, 1.ª oración). Esta competencia ha de interpretarse restrictivamente.[259] El peligro en la demora queda excluido, especialmente, cuando el juez ya se ocupa del caso (o lo ha hecho) o declara (declaró), que sin la presentación de las actas no puede tomar una decisión.[260] En un caso normal, por tanto, debe dictarse una orden judicial,[261] en la que se designen exactamente el objeto y el fin de la medida, y en la que se indiquen, al menos a modo de ejemplo, los medios de prueba que se buscan.[262] En casos de una orden contra un no sospechoso (§ 103), en la orden de registro «los medios de prueba suficientemente individualizados» tienen «que ser concretizados de tal forma, que no puedan generarse dudas ni en el afectado ni en los funcionarios que ejecutan el registro acerca de los objetos a buscar e incautar».[263] El sentido de la reserva judicial de asegurar un control preventivo de legalidad y, especialmente, de examinar la proporcionalidad de la injerencia, se pierde cuando la resolución sobre el registro se ejecuta recién después de un largo tiempo. El *BVerfG* ha trazado un límite exigente: las órdenes judiciales de registro valen como máximo por seis meses.[264]

---

259. BVerfG, *NStZ* (2001), 382.
260. *BVerfGE* 139, 245, con análisis *Jahn*, *JuS* (2015), 1135; cf. además *BVerfGE* 151, 67 también sobre servicio de urgencias.
261. En casos urgentes, también por teléfono (BGH, *NStZ* (2005), 392).
262. BVerfG, *NStZ* (1992), 91.
263. BGH, *NStZ* (2002), 215.
264. BverfG, *NJW* (1997), 2165.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

f) El desarrollo del registro

Si no está presente un juez o un fiscal, cuando sea posible, deben ser convocados testigos del registro (§ 105, inc. 2.°). Esto es obligatorio. El § 106, en cambio, es solo una norma de orden meramente procedimental (*Ordnungsvorschrift*) (discutido). Para el horario nocturno rigen restricciones (§ 104; la definición en el inc. 3.° podría no ser conciliable con los hábitos de muchos). En «lugares de mala reputación», como se decía antiguamente, estas restricciones se suprimen de nuevo (§ 104, inc. 2.°). De los «ambientes» del inc. 2.°, en razón del art. 13, inc. 2.° GG, deben exceptuarse los «domicilios» (discutido). A ellos solo puede accederse según el inc. 1.° (ejemplo: el domicilio de la prostituta, del encubridor). Con respecto al acta de registro, certificado de incautación o de resultado negativo, cf. § 107. La inspección de los papeles bajo custodia del afectado sirve al efecto de comprobar si estos deben devolverse o incautarse (§ 110). La fiscalía los puede encomendar a los colaboradores en la investigación (§ 110, inc. 1.°). Son «papeles» también los disquetes, discos rígidos, etc.

g) Hallazgos casuales, § 108

(57) La casualidad y la intencionalidad se excluyen entre sí. Es inadmisible, pues, buscar deliberadamente objetos a los cuales la orden no se refiere,[265] o utilizar la orden como mero pretexto para una búsqueda semejante.[266] Los hallazgos casuales se incautan «momentáneamente». La fiscalía decide luego si desafecta el objeto o si solicita una incautación al juez (§§ 94 y 98; «peligro en la demora» no existe nunca en esta situación). Para conocimientos casuales a que se refieren los §§ 100a y ss., no rige el § 108 (cf. *supra* nm. 47).

h) Prohibición de valoración

(58) Es muy discutido si un objeto obtenido (incautado) en un registro irregular puede ser empleado como medio de prueba.[267] La cuestión hipotética de si la orden de registro hubiera sido dictada por el juez, conduciría por regla a la valoración.[268] Esto no es aceptable cuando la reserva judicial ha sido ignorada conscientemente o cuando se configura una «desatención grosera de igual importancia» de sus presupuestos.[269] Otro aspecto que genera dudas es en qué medida puede aplicarse en el ámbito del registro la «solución de la contradicción» (cf. §§ 9 nm. 11 y 28 nm. 22). En contra de ello podría hablar que los medios de prueba materiales provenientes de un registro defectuoso, debido a

265. LG Berlin, *StV* (1997), 97.
266. OLG Karlsruhe, *StV* (1986), 10.
267. Sobre el estado de la discusión, Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 94, nm. 21.
268. BGH, *NStZ* (1989), 375.
269. BGH, *NStZ* (2007), 601; *StV* (2016), 539.

su naturaleza, están fuera de la disposición comunicativa del imputado.[270] Las infracciones contra otras reglas del registro (cf. *supra* nm. 56) no impiden la valoración. El *BVerfG* ha destacado el derecho a la autodeterminación informativa y –respecto del registro y la incautación en un estudio jurídico– el interés en una protección efectiva de la relación de confianza hacia el titular del secreto profesional y, adicionalmente, ha considerado la posibilidad de una prohibición de valoración: «Al menos respecto de infracciones procesales graves, conscientes o arbitrarias, en las cuales se ignora planificada o sistemáticamente la limitación de la incautación de soportes informáticos con fines de investigación, se impone una prohibición de valoración probatoria como consecuencia de un registro e incautación irregular de soportes informáticos y de los datos disponibles en ellos».[271]

12. Agentes encubiertos, §§ 110a ss.

a) Concepto

(59) La **definición** en el § 110a, inc. 2.° debe concretarse a través de lo siguiente:

- el encargo de investigación no se refiere solo a acciones de investigación escasas o determinadas concretamente;
- ha de engañarse indeterminadamente a muchas personas acerca de la verdadera identidad del funcionario policial;
- es claro desde el comienzo que la identidad del funcionario debe ser mantenida en reserva permanentemente en el proceso penal futuro.[272]

(60) En consecuencia, **no son agentes encubiertos**:

- los «funcionarios policiales que investigan de forma oculta»; estos son funcionarios que se presentan de forma encubierta solo ocasionalmente, como por ejemplo, los compradores aparentes,[273] de modo tal que más de tres contactos externos (regla de la praxis) los convierten en agentes encubiertos;[274]
- los informantes y personas de confianza (cf. *supra* nm. 4). Es más que objetable que no rijan para ellos las limitaciones de los §§ 110a y b[275] y que

270. Así el Segundo Senado: *BGHSt* 61, 266, 271; de manera diferente, sin embargo, el Quinto Senado: *NJW* (2018), 2279, con observaciones de Meyer-Mews (2280), que quiere deducir la solución de la contradicción, «no de la facultad de disposición del acusado, sino de la idea de la protección jurídica subsidiaria».
271. BVerfG, *NJW* (2005), 1917 ss.
272. Cf. *BGHSt* 41, 69.
273. BGH, *NStZ* (1996), 450, con una acertada anotación crítica de Rogall.
274. En detalle, H. Schneider, *NStZ* (2004), 359.
275. *BGHSt* 41, 42.

sus actividades deban quedar cubiertas por las reglas generales (§§ 161, 163).[276]
- los *under-cover-agents* que se sumergen por largo tiempo en la escena criminal sin un encargo de investigación concreto y que actúan sin control; semejantes intervenciones son inadmisibles.

La **alteración de la identidad** está explicada en el § 110a, inc. 2.°, 1.ª oración. El funcionario policial, con un nombre y profesión cambiados, y otra dirección, puede firmar contratos, demandar, registrarse en libros públicos, etc. (§ 110a, inc. 2.°, 2.ª oración; cf. también inc. 3.°). Después de su intervención, incluso, el funcionario policial está protegido por la identidad sustituta (§ 110b, inc. 3.°).

b) Presupuestos

(61) El catálogo de hechos punibles en el § 110a, inc. 1.° se corresponde con el del análisis computarizado de datos, si bien el § 98a, inc. 1.º, núm. 3 y 4 ha sido reemplazado sin más por una cláusula general («delitos graves», § 110a, inc. 1.°, 2.ª oración). La restricción mediante el «peligro de reiteración» carece de importancia, porque, «además», puede acudirse a otra cláusula general (inc. 1.°, 4.ª oración). La cláusula de subsidiariedad es la misma que en la vigilancia de las telecomunicaciones.

c) Orden

(62) Decide la policía; necesita siempre del asentimiento de la fiscalía y, a veces, del juez (§ 110b, inc. 1.°, 1.ª oración). En caso de peligro en la demora, no obstante, actúa *motu proprio* (inc. 1.°, 2.ª oración; inc. 2.°, 3.ª oración). La aprobación posterior de la fiscalía debe recabarse dentro de los tres días (inc. 1.°, 2.ª oración) o sin demora (inc. 2.°, 3.ª oración). En ambos casos del inc. 2.°, ello basta para una actuación de tres días; (recién) después es necesario la aprobación del juez (4.ª oración).

El juez «debe garantizar –en cierto modo correctivamente– que sean atendidos los posibles intereses de los que resulten necesariamente afectados en función de la naturaleza de la cuestión y que no han sido oídos con anterioridad (cf. art. 19, inc. 4.° GG)».[277] Así, «si el fundamento de la decisión sobre la solicitud es solo una indicación de un confidente particular, se requiere de una especial cautela a fin de impedir un manejo externo de la justicia, o una auto-facultad del agente encubierto».[278]

---

276. Cf. SK-StPO/*Wolter/Jäger*, § 110a nm. 14.
277. *BGHSt 42*, 103, 104.
278. *BGHSt 42*, 103, 105.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Algunas particularidades surgen del § 110d con respecto a investigaciones encubiertas referidas a acciones permitidas en relación con la pornografía infantil (§ 184b inc. 5.º, 2.ª oración StGB).

d) Facultades, deberes; § 110c

> **(63) Caso 7:** El agente encubierto (AE) toca el timbre de H, quien sería un traficante de armas; se presenta como un hombre de la empresa estatal de energía. Logra que se le permita el ingreso, encuentra pequeños sobres de cocaína en el baño por un valor de mercado de € 10.000 y se marcha.

Si se ha presentado de un modo concordante con su identidad modificada, no comete ninguna violación de domicilio (1.ª oración); en caso contrario, sí. Como funcionario policial, estaría obligado según el principio de legalidad a seguir de inmediato la sospecha de tráfico de drogas y a incautar la cocaína. Aquí pudo omitirlo en función de «consideraciones táctico-criminales», de modo tal que no se hizo punible según el § 258a StGB.

> **Caso 8:** Un AE ha logrado infiltrarse en el ambiente del narcotráfico y es compelido por su «nuevo amigo» F a recoger una gran cantidad de estupefacientes en el extranjero. En esa oportunidad, conversa con F acerca de quiénes son realmente los jefes en el nivel inmediatamente superior. En la habitación contigua, un mensajero es maniatado y torturado por haber vendido droga por su propia cuenta. El AE le pide al experimentado G que lo ayude con la importación y se marcha con él.

En realidad, AE debería intervenir contra los hechos punibles que son cometidos en la habitación contigua, pues tiene también las facultades y deberes preventivos de acuerdo con las leyes policiales (3.ª oración: «otras normas jurídicas»).

No está regulada su **facultad respecto de «hechos punibles propios del ambiente»**. Su infracción contra el § 29, inc. 1.°, núm. 1 BtMG (importación) puede en todo caso justificarse a través del § 34 StGB.

La **provocación** de alguien de todas formas proclive al hecho (G pertenece al ambiente) es admisible (*supra* nm. 4).[279]

La conversación con F, en todo caso, no fue equiparable a un interrogatorio, toda vez que no se refirió a hechos punibles cometidos. Los datos de F sobre los «jefes» pueden valorarse (en detalle, *infra* § 28 nm. 33).

13. Puestos de control, § 111

> **(64) Caso 9:** En la búsqueda de un ladrón armado, la policía erigió puestos de control y detuvo el auto de U, que a primera vista no se revela como sospechoso. U se rehúsa a abrir su maleta y a exhibir los documentos de sus hijos.

---

279. Cf. BGH, *NStZ* (1992), 488.

Según el inc. 3.°, el § 163b forma parte de las normas aplicables. El principio de proporcionalidad (§ 163b, inc. 2.°, 2.ª oración) prohíbe comprobar la identidad de los niños. U tampoco debe tolerar la inspección de sus cosas contra su voluntad (§ 163b, inc. 2.°, 2.ª oración; discutido, porque el § 111, inc. 1.°, 2.ª oración, a diferencia del § 163b, no distingue entre sospechosos y no sospechosos).

> **Caso 10:** La policía acordona el barrio del puerto porque ahí se han amontonado los «individuos más peligrosos», y los examina a todos.

(65) Para una *razzia* semejante, destinada a cumplir fines preventivos, la policía debe ampararse en sus facultades para prevenir peligros. En la medida en que se trate del esclarecimiento de hechos punibles cometidos, la StPO cuenta con fundamentos de injerencia (solo) en los §§ 163b, 94, 95, 102, 103, 111 y 111b. Tomados en conjunto, ellos autorizan medidas similares a la *razzia*.

14. Detención provisional, §§ 127 ss.

(66) *a*) Toda persona puede detener provisionalmente al autor sorprendido en flagrancia, cuando no pueda ser aclarada su identidad *in situ* (porque él no quiera o no pueda identificarse) o sea justificada la suposición de que él huirá (sospecha de fuga; las exigencias de «peligro de fuga» para una orden de detención son más estrictas).

Esta **causa de justificación** permite solo la privación de la libertad y la coacción, así como la aplicación de violencia física, con el peligro o la consecuencia de una lesión corporal adecuada (maniobra dolorosa), pero nunca el empleo de un arma más allá de la amenaza, ni tampoco otros delitos (p. ej., § 315c StGB [peligro para el tráfico rodado], en caso de una persecución violenta).

(67) La causa de justificación **presupone** que el hecho haya sido realmente cometido. La opinión contraria se satisface con que las circunstancias reconocibles sugieran una sospecha vehemente, y esgrimen que la detención sirve a intereses públicos; para el que detiene sería «inequitativo exponerlo al riesgo de un error inculpable».[280] A favor de esto cuenta además que las medidas de persecución penal están fundadas solo en la sospecha, y la policía está facultada para detener ya ante la sospecha vehemente (§ 127, inc. 2.°). Para decidir la cuestión acerca de bajo qué presupuestos pretende quebrantarse el monopolio estatal de la fuerza mediante un derecho privado de detención,[281] son relevantes las consecuencias de

– si la detención está ya justificada cuando alcanza a un sospechoso, este debe tolerar la detención, toda vez que ese ataque sobre él (§ 32 StGB) está cubierto por el § 127. Si no obstante se defiende, carga con el riesgo de hacer plausible un error sobre el tipo permisivo.

---

280. *Roxin/Schünemann* (2014), § 31, nm. 4.
281. Cuestión que permanece abierta en *BGHSt* 45, 378.

ISBN: 978-84-18432-78-1 Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

– si la detención solo está justificada cuando alcanza al «autor real», el falso (el que únicamente es sospechoso) puede defenderse contra su detención (§ 32 StGB). El riesgo de error lo carga el que detiene, aunque no es de gran entidad. Cuando todo sugiere que ahora mismo fue cometido un delito, el error sobre los presupuestos de la causa de justificación no será reprochable, e incluso si lo fuera, esta imprudencia podría conducir solo a la punibilidad según el § 229 StGB, puesto que el dolo necesario para los §§ 239 y 240 StGB también se suprime por un error de tipo permisivo culpable.

La decisión de las controversias depende en definitiva de la cuestión político-jurídica de cuán propenso a la detención se pretenda que sea el particular alemán. Es preferible la opinión que justifica solamente la detención del autor real y adjudica el riesgo de error al que lleva a cabo la detención.

(68) *b*) Los fiscales y los policías, de acuerdo con el texto del § 127, inc. 1.°, 1.ª oración, están facultados –como cualquiera– para realizar una detención según esta norma. Sin embargo, ella no justifica a las autoridades de la persecución penal a detener para comprobar la identidad, puesto que allí rige la regla especial del § 163b (v. *infra* nm. 71; § 127, inc. 1.°, 2.ª oración). A diferencia de cualquier persona, ellas tienen permitido realizar una detención cuando se configuran los presupuestos de una orden de detención cuya obtención demoraría demasiado, de modo tal que se configura peligro en la demora (§ 127, inc. 2.°). Los medios de la detención están regulados en las leyes estaduales sobre la aplicación de coacción directa (según otra opinión, en la UZwG de la Federación).

c) Detención provisional y prisión durante el juicio oral; § 127b.

(69) La norma debería hacer más atractivo el procedimiento acelerado (§§ 417 ss.). Se dirige contra delincuentes que viajan, quienes no tienen vivienda, extranjeros; crea un nuevo motivo de detención y autoriza el dictado de una orden de detención por tiempo determinado incluso cuando no hay peligro de fuga ni de entorpecimiento. Esta nueva forma de prisión preventiva es:

– sumamente objetable, porque el procedimiento acelerado (en detalle, *infra* § 33 nm. 10 ss.) solo está disponible para la criminalidad leve e intermedia (pena máxima de un año; § 419, inc. 2.°);
– carente de sentido, porque el fiscal y el juez, que son necesarios para el dictado de la orden de detención, podrían también decidir igual de «aceleradamente» en la causa, en lugar de ocuparse de ella dos veces por semana (cf. § 127b, inc. 3.°);
– contraproducente, porque la celeridad se pierde cuando el imputado solicita el examen de la detención o interpone queja contra ella y, de esta forma, desencadena procedimientos intermedios que consumen tiempo.

d) El procedimiento ulterior, luego de una detención, lo regula el § 128.

15. Búsqueda, § 131

(70) Cuando existe una orden de detención (§ 131, inc. 1.°), puede ser requerida la captura del imputado (antiguamente: «cartel de búsqueda»). Lo mismo vale cuando se puede prever la emisión de una orden de detención, pero no se puede esperar hasta que sea dictada (inc. 2.°); por ejemplo, cuando alguien altamente sospechoso evita en el último momento la detención en la estación central de trenes. En caso de delitos de importancia considerable, puede realizarse la busqueda públicamente (inc. 3.°; televisión, internet). Los mismos medios pueden utilizarse cuando solo se trata de descubrir dónde se aloja (§ 131a) o quién es (§ 131b) el imputado o un testigo.

16. Comprobación de la identidad, §§ 163b y c

(71) *a*) La identidad de sospechosos puede ser comprobada con todas las «medidas necesarias» (cláusula general; § 163b, inc. 1.°, 1.ª oración).

También deben tolerar esta medida los **no sospechosos** (inc. 2.°, 1.ª oración). A ellos se les debe comunicar cuál es el hecho que debe ser esclarecido (inc. 2.°, 1.ª oración: el § 69, inc. 1.°, 2.ª oración rige correspondientemente).

Hay tres injerencias para las cuales rigen presupuestos estrictos:

– detención (inc. 1.°, 2.ª oración); respecto de los no sospechosos, el inc. 2.°, 2.ª oración, 1.ª parte, contiene la exigencia adicional de que la medida no sea desproporcionada en relación con la importancia del asunto.
– registros y medidas de identificación (inc. 1.°, 2.ª oración); los no sospechosos deben al menos mostrarse concluyentemente de acuerdo (inc. 2.°, 2.ª oración, 2.ª parte), si bien no necesitan ser instruidos al respecto.

b) La privación de la libertad (detención) para la comprobación de la identidad no puede exceder las doce horas (§ 163c, inc. 3.°).

17. Búsqueda por red informática, § 163d

(72) Como sinónimos se emplean las expresiones búsqueda por barrido y búsqueda de control. Las normas sobre la recolección de datos (p. ej., los §§ 111, inc. 1.°, 2.ª oración; 163b, inc. 1.°) debían ser complementadas mediante un fundamento de intervención para el almacenamiento y el procesamiento de datos perso-

nales.[282] Para diferenciar: el denominado control aleatorio en las carreteras y en los establecimientos públicos, como medida de control independiente de la sospecha o de un acontecimiento, es una medida preventivo-policial para compensar los controles fronterizos suprimidos (p. ej., art. 13, inc. 1.°, núm. 5 BayPAG).

18. Observación policial, § 163e

(73) No se trata de una observación por poco tiempo (al respecto, *supra* nm. 3). La norma debería posibilitar más bien la elaboración de un «cuadro de movimientos». La autoridad que la realiza obtiene informaciones durante un largo tiempo, las cuales reune posteriormente (un año, inc. 4.º, 5.ª oración; en ocasiones prorrogable por tres meses, 6.ª oración). Ellas no valen demasiado para un procedimiento penal. De esta manera no pueden obtenerse más que débiles indicios (p. ej., viajes de un emisario del narcotráfico o hechos relevantes para la medición de la pena, como el modo de vida). Aún más alejada de los fines legítimos del procedimiento penal es la facultad de recolectar informaciones de tipo personal respecto de acompañantes no sospechosos (inc. 3.°). No está suficientemente claro qué tiene que ver la observación policial con las medidas de persecución penal, es decir, con el esclarecimiento de un hecho y la aprehensión de un sospechoso.[283] Por un lado, debe haber «indicios fácticos suficientes» respecto de un «delito de importancia considerable»; por otro lado, el sometimiento a observación se vincula a la exigencia de permanecer inactivo y no intervenir. La «importancia considerable», difícilmente puede fundarse en el delito en sí mismo, sino más bien solo en su contexto y la necesidad de su esclarecimiento.

19. Observación prolongada, § 163f

(74) La vigilancia planificada de la criminalidad relevante no está sujeta a un catálogo de delitos. También es admisible la observación de personas de contacto (inc. 1°, 3.ª oración). Ellas no son necesariamente idénticas a los acompañantes, cuyos datos personales pueden ser registrados según el § 163e (cf. *supra* nm. 73).

V. PROTECCIÓN JURÍDICA EN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN

(75) Contra la promoción y realización del procedimiento de investigación en sí mismo no hay una protección jurídica. El art. 19, inc. 4.° GG no garantiza protección jurídica inmediatamente, sino «a su debido tiempo». Ello se configura

282. *BVerfGE* 65, 1; sentencia «sobre el censo», derecho a la autodeterminación informativa, cf. en la StPO las «reglas sobre datos», §§ 483-491.
283. Cf. Krahl, *NStZ* (1998), 339.

recién con la conclusión del procedimiento de investigación. La protección jurídica del imputado «en la fase intermedia o en la fase de juicio oral, es por regla más completa y de mayor alcance que lo que podría ser un control, ya durante el procedimiento de investigación, de las medidas destinadas a impulsar este procedimiento».[284]

Ello no rige para las medidas «autónomas», esto es, las injerencias. La protección jurídica contra las injerencias en el procedimiento de investigación, de todas maneras, está regulada de forma sumamente fragmentaria.[285]

1. Panorama general

Sinopsis 6: Protección jurídica en el procedimiento de investigación

	Se impugna		
	La orden del		La forma de realización
	Juez	Fiscal/Policía	
La medida continúa	§304	§ 98, inc. 2.°, 2.ª oración (por analogía)	§ 98, inc. 2.°, 2.ª oración (por analogía)
La medida está concluida (ejecutada)	§ 304 o § 101 VII 2.ª oración	§ 98, inc. 2.°, 2.ª oración (por analogía) o § 101 VII 2.ª oración	§ 98, inc. 2.°, 2.ª oración (por analogía) o § 101 VII 2.ª oración

2. Protección jurídica contra injerencias inminentes o permanentes

(76) *a*) Si las ha ordenado el juez, procede la queja (§ 304).

b) Si la medida ha sido ordenada por la fiscalía o la policía, debe existir ciertamente –en razón del art. 19, inc. 4.° GG– una posibilidad de defenderse contra ella. Sin embargo, solo se encuentran reglas legales en los §§ 98, inc. 2.°, 2.ª oración y en el 161a, inc. 3.°, 1.ª oración. La opinión dominante cubre esta laguna legal mediante una analogía con el § 98, inc. 2.°, 2.ª oración.[286] Contra el rechazo de la solicitud de una decisión judicial es procedente la queja (§ 304).

284. BVerfG, *NStZ* (2004), 447; con la excepción de que «se encuentre en discusión el actuar objetivamente arbitrario de la Fiscalía en perjuicio del imputado».
285. Cf. Laser, *NStZ* (2001), 124; Burghardt, *JuS* (2010), 605.
286. BGH, *StV* (1988), 90; *NStZ* (1995), 48.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

c) Si el afectado no quiere dirigirse contra la orden, sino contra el modo de realización de una medida en curso, debe convocarse, en ambos casos (*supra* a y b) «al juez competente para disponerla, toda vez que él puede determinar los límites de tal orden, y cuenta, en ese marco, con la facultad de regular las modalidades de su ejecución».[287]

3. Protección jurídica contra medidas cumplidas (ejecutadas)

(77) *a*) Respecto de la orden del juez, antiguamente, la opinión mayoritaria denegaba cualquier protección jurídica. Ello, con la argumentación de que un juez ya había decidido, por lo que la protección jurídica posterior no estaba prevista en la StPO, y de que no era plausible una analogía con los §§ 113, inc. 1.°, 4.ª oración VwGO y § 28, inc. 1.°, 4.ª oración EGGVG, porque el art. 19, inc. 4.° GG por regla no otorga protección jurídica contra los jueces. La decisión de los jueces, sin embargo, tenía lugar sin haber escuchado al afectado (§ 33, inc. 4.°). Este debe poder contar con un derecho a ser oído conforme a la ley y con protección jurídica efectiva a través de un control posterior. El *BverfG*, por consiguiente, ha admitido la queja (§ 304) y no ha restringido el interés en la protección jurídica a los casos de un peligro de reiteración o el de un perjuicio permanente.[288] La necesidad de protección jurídica, empero, puede suprimirse «cuando el ejercicio tardío de una pretensión lesione la buena fe, por ejemplo, porque el legitimado hace valer el derecho tardíamente (factor temporal) y se mantiene inactivo en circunstancias en las cuales, razonablemente, debió actuar para instar la conservación de su derecho».[289]

(78) *b*) Si la fiscalía o la policía han adoptado las medidas, pero el juez aún no ha intervenido. Rige pues nuevamente por analogía el § 98, inc. 2.°, 2.ª oración.

(79) *c*) Si se cuestiona el modo de ejecución de la medida, debe acudirse en ambos casos (*supra* a y b) al juez (§ 98, inc. 2.°, 2.ª oración, se aplica por analogía).

El afectado, por tanto, ya no está obligado a decidir si quiere atacar la orden (en ese caso, según la opinión mayoritaria, se aplicaría el § 98, inc. 2.°, 2.ª oración, por analogía) o cuestionar el modo de realización (en ese caso, según la opinión hasta ahora dominante, serían pertinentes los §§ 23 ss. EGGVG). Con frecuencia esto no le sería posible «porque las cuestiones de la licitud de la orden y del modo de ejecución, en muchas manifestaciones de la praxis, apenas pueden separarse». A ello se añade que, recientemente, también el legislador ha excluido para el control judicial posterior la vía de los §§ 23 ss. EGGVG (cf. § 101, inc. 7.°).

---

287. *BGHSt* 28, 206, 209.
288. *BVerfGE* 96, 27 = *JR* (1997), 382; con nota de Amelung y Fezer, *JZ* (1997), 1062. El agregado de que debe tratarse de injerencias «profundas» sigue siendo enigmático.
289. BVerfG, *NStZ* (2009), 166.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

(80) El § 101 inc. 7.º representa una norma especial *taxativa* en materia de medidas de investigación encubiertas.[290] El § 101 inc. 7.º tiene que ser visto en relación con el inc. 6.° y se refiere por regla general a las medidas ordenadas.

Sin embargo, la necesidad de protección jurídica no tiene que ser demostrada. Ella se basa en la ley. Es dudoso si el § 101 inc. 7.° rige también en los casos en los cuales las medidas aún se encuentran en curso. En este sentido, si, por ejemplo, el afectado que descubre una medida encubierta puede proceder (de inmediato) conforme al § 101 inc. 7.°. A favor de esto podría hablar el tenor literal del inc. 7.°, 2.ª oración («también luego de su finalización»); por otra parte, el inc. 4.°, 2.ª oración. habla de «la posibilidad de una protección jurídica posterior». Si se niega la aplicabilidad del § 101 inc. 7.°, el afectado tendría que poder recurrir a las reglas generales.[291]

4. Casos especiales

(81) *a*) Las medidas de identificación con fines preventivos son impugnables en el ámbito policial; consiguientemente, por la vía del derecho administrativo (§ 40 VwGO). En cuanto se trate de una medida de persecución penal, debe aplicarse una vez más el § 98, inc. 2.°, 2.ª oración de forma analógica; según otra opinión, los §§ 23 ss. EGGVG.[292]

b) Frente a una declaración de bloqueo o impedimento según el § 96, algunos toman en cuenta si la autoridad que la ha emitido pertenece al ámbito del Ministerio de Justicia (en tal caso se aplicarían los §§ 23 ss. EGGVG) o no (en tal caso se aplicaría el § 42 VwGO).[293] Pero incluso en el primer caso no se trata de un acto «específico» de la administración de justicia penal, de modo que siempre procede la vía del derecho administrativo.[294]

Es difícilmente comprensible en un Estado de derecho que el legislador no haya puesto fin a todas estas diferencias de opinión mediante una regulación clara.

Casos y preguntas

43. ¿Pueden la policía y la fiscalía, en el marco del procedimiento de investigación, adoptar medidas gravosas para las cuales no existe ninguna autorización especial en la StPO?
44. ¿En qué consiste el fin de la prisión preventiva?

---

290. *BGHSt* 53, 1; Beulke/Swoboda (2020), nm. 327a; de otra opinión, por ejemplo, Burghardt, *JuS* (2010), 605, 607 s., quien, sobre todo, se pronuncia en contra de la indicación de la opinión mayoritaria referida a la regulación de plazos § 101 inc. 7.°, 2.ª oración.
291. Beulke/Swoboda (2020), nm. 327a (con referencias adicionales).
292. *BVerwGE* 47, 255; Bottke, *StV* (1986), 122.
293. Cf. *Meyer-Goßner/*Schmitt (2021), § 96 nm. 14.
294. BVerwG, *NJW* (1984), 2233; *NJW* (1987), 202, con nota de Arloth, *NStZ* (1987), 520; BGH, *NJW* (1998), 3577, con nota de Katholnigg, *NStZ* (1999), 40.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

45. ¿A qué presupuestos está ligada la prisión preventiva?
46. ¿Por qué razón es constitucionalmente objetable el § 112, inc. 3.° –que en determinadas situaciones prescinde de la existencia de un motivo de detención– y qué consecuencias se extraen de ello?
47. ¿Qué posibilidades de protección jurídica existen contra la orden de detención?
48. El *dealer* D es detenido. Tiene consigo algunas pequeñas cápsulas plásticas con heroína y se las traga. Dado que se rehúsa a ingerir un vomitivo, el fiscal considera ordenar el suministro forzoso de este a través de una sonda gástrica. ¿Sería esto admisible?
49. ¿Son admisibles, según los §§ 81e ss., las denominadas inspecciones en serie o *tests* masivos, para los cuales se convoca, por ejemplo, a todos los habitantes de un determinado distrito? ¿Cómo puede procederse contra aquellos que se rehúsan a participar?
50. ¿Qué tipos de aseguramiento existen y cómo es la relación con la incautación?
51. La policía encuentra en poder del imputado una carta de su defensor, en la cual se comenta la estrategia de la defensa y se efectúan precisiones respecto de circunstancias del hecho. ¿Puede ser incautada esta carta?
52. La conexión de telefonía móvil de T ha sido interceptada sobre la base de una orden judicial lícita. Una noche, mientras hablaba con S sobre futuros delitos, T quiso comunicarse telefónicamente con B, el otro miembro de la banda. Este, sin embargo, no atendió, por lo que se activó en cambio su buzón de correo. T no quiso hablar en el contestador y cerró la tapa del teclado de su teléfono móvil para poner fin a la conexión, aunque olvidó presionar previamente la tecla para el cierre de la comunicación. Por consiguiente, hasta que el buzón de correo se desactivó automáticamente, la conversación entre T y S resultó grabada en aquel. ¿Se trata allí de una «telecomunicación» en el sentido de los §§ 100a ss., de forma tal que pueden valorarse las declaraciones respectivas?
53. En el transcurso de la conversación descrita entre S y T (suponiendo que se trata aún de una «telecomunicación» en el sentido de los § 100a ss.), S cuenta que recientemente robó a su vecino diversos objetos de valor y que mató a golpes a un antiguo amigo que «lo tenía harto». ¿Son valorables estas declaraciones?
54. ¿Qué se entiende bajo una fuente de TKÜ y cuál es su relación con las TKÜ tradicionales?
55. ¿Qué es un registro *online* y dónde está regulado?
56. ¿Cuáles son los dos tipos de registro que existen y en qué consisten las diferencias?
57. ¿Qué es un agente encubierto y en qué se diferencia de otras personas que operan de modo encubierto?
58. B deambula por una zona peatonal y advierte que F «trabaja» con una tenaza sobre el candado de una *mountain bike*. Naturalmente, quiere impedir este «robo» de inmediato, se precipita sobre F y lo inmoviliza mientras

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

avisa con su celular a la policía. F, no obstante, logra explicar de forma creíble que solo había perdido la llave de su bicicleta y que pretendía «robar» su propia bicicleta. Indignado por el comportamiento rudo de B, formula una querella por lesiones corporales. ¿Se ha hecho B pasible de castigo penal?

59. ¿Qué «directrices» pueden enumerarse para la protección jurídica contra injerencias en el procedimiento de investigación?

Comentarios desde la perspectiva española

I. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL

El inicio del proceso penal y su inicial etapa de investigación se rigen, de acuerdo con la doctrina española,[295] por los principios de necesidad, de investigación oficial y de legalidad.[296] Existen otros principios de gran importancia para el proceso penal, pero que serán referidos en la § 18; de momento, nos interesan aquellos que determinan el inicio y la configuración del procedimiento preliminar.

– El *principio de necesidad*, internacionalmente conocido como de oficialidad o principio oficial implica que una vez cometido y descubierto el delito, «necesariamente» debe seguirse la apertura, por una autoridad competente, de una investigación oficial. Esa investigación únicamente puede tener lugar en el marco de un proceso penal.
– El *principio de investigación oficial*, se refiere a que es la autoridad pública quien toma las decisiones respecto a qué actuaciones deben practicarse para esclarecer los hechos, para determinar si constituyen delito y quiénes son los posibles autores. No se excluye la instancia de parte (por ejemplo, de la víctima que actúa como acusación particular o de la acusación popular), pero esta no es indispensable para que se lleve a cabo la instrucción. En esta fase, como se ha indicado en capítulos anteriores, la dirección de la investigación corresponde al JI, pero intervendrán también el MF y la Policía Judicial, de acuerdo con sus competencias.
– El *principio de legalidad*, en sentido amplio, significa que la imposición de las penas por la comisión de delitos se realizará por los órganos judiciales de conformidad con las disposiciones legales (arts. 25.1 CE, 23 LOPJ, 2.1 CP, 1 Lecrim). En sentido concreto, con relación al procedimiento

295. Gómez Colomer y Barona Vilar (2021a, 271-286).
296. No se ha desarrollado expresamente un «principio de la libre configuración del procedimiento de investigación» en el sentido que explica Volk. No obstante, se entiende que el procedimiento preliminar estará formado por todas las actuaciones que sean necesarias para la averiguación de los hechos y de las personas responsables y que el JI acordará, de oficio o a instancia de parte, todos aquellos actos de investigación que resulten necesarios. En este sentido, también el MF y la Policía realizarán las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos, cada uno dentro de su ámbito de actuación.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

preliminar, nos viene a decir que el inicio del proceso penal y la investigación criminal deberán realizarse de la forma estipulada por la Ley.

II. PANORAMA SOBRE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN

Durante el procedimiento preliminar será posible adoptar una serie de medidas coercitivas que, atendiendo a su naturaleza, pueden clasificarse como medidas cautelares o como actos de investigación.

Las *medidas cautelares* sirven para asegurar la efectividad del proceso penal mismo y, más concretamente, la de la sentencia que se dicte. En otras palabras, ayudan a garantizar el desarrollo del proceso y el cumplimiento de la sentencia, lo cual se logra asegurando a las personas o a los bienes, a través de la adopción de alguna medida que sea útil para la consecución de dicho propósito. Las medidas cautelares tienen incidencia en la fase de investigación porque permiten asegurar la participación del imputado y evitan la destrucción u ocultación de fuentes de prueba o de información (por ejemplo, si se adopta la prisión provisional).

En cambio, los *actos de investigación* son diligencias realizadas con el fin de descubrir los hechos criminales que se hayan producido, sus circunstancias y las personas responsables, para así poder preparar el juicio oral o determinar el sobreseimiento del caso. Por tanto, las diligencias de investigación no «aseguran» el desarrollo del proceso o la eficacia de la sentencia, como las medidas cautelares, sino que están orientadas hacia la búsqueda de la verdad. Dentro de los actos de investigación encontraremos algunos que inciden en los derechos fundamentales (por ejemplo, los registros corporales, los registros en domicilios, las escuchas telefónicas) y otros que no (por ejemplo, la declaración testifical o el análisis pericial de una sustancia encontrada en la escena del delito).

III. LAS MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares podrán adoptarse cuando se cumplan dos presupuestos. El primero es *periculum in mora*, es decir, que exista el peligro de que se pueda producir un daño (a una persona o patrimonio) debido a la duración del proceso, con lo que se frustraría la efectividad de la sentencia. Así, por ejemplo, el peligro de que el imputado se de a la fuga, de que oculte las pruebas o su patrimonio personal. El segundo presupuesto es *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, que en ámbito de la investigación criminal implica la probabilidad de la existencia del hecho penal imputado. En este sentido, debería haber indicios suficientes para mantener la imputación realizada al sujeto afectado por la medida cautelar.

Además, las medidas cautelares se distinguen por sus caracteres. Primero, la instrumentalidad, ya que se adoptan con relación al proceso principal. Segundo, la provisionalidad, dado que no son definitivas, sino que desaparecerán cuando

dejen de ser necesarias para el proceso principal. Tercero, la temporalidad, porque tienen una duración limitada (plazo legal máximo) y se extinguirán al desaparecer las causas que las motivaron. Cuarto, la variabilidad, ya que pueden ser modificadas o alzadas, si cambia la situación que las motivó. Quinto, la jurisdiccionalidad, dado que inciden en derechos fundamentales y, por tanto, deberán ser adoptadas por un órgano judicial.

A continuación, referimos las medidas cautelares contempladas en la Lecrim y que se podrían aplicar durante el procedimiento preliminar.

1. La detención

Es una medida que consiste en la privación breve de libertad, limitada temporalmente, con el fin de poner el sujeto detenido a disposición de la autoridad judicial, quien deberá resolver acerca de su situación personal, determinando si deberá adoptarse la prisión provisional o cualquier otra medida cautelar, o bien restableciendo el derecho de libertad. Se trata en realidad de una medida *precautelar*, ya que en muchas ocasiones la detención se realiza por la policía y todavía no se ha iniciado formalmente el proceso penal. La Ley determina los casos en los que la detención puede practicarse por particulares (por ejemplo, si se sorprende al delincuente *in fraganti)*, así como los casos en que deberá realizarse por la policía (arts. 490, 492 y 495 Lecrim). La detención durará el tiempo estrictamente necesario, pero la Ley refiere como plazo las 24 horas o, como máximo, 72 horas (arts. 496, 520 Lecrim).

2. La prisión provisional

Es la medida cautelar más gravosa para el imputado, ya que supone la privación de libertad del sujeto, con el objeto de evitar el riesgo de fuga y así garantizar la efectividad del desarrollo del proceso y la ejecución de la sentencia. Está regulada en los artículos 502-527 Lecrim. La prisión provisional es una medida excepcional que se adoptará únicamente cuando no existan otras medidas menos gravosas con que se pudiera alcanzar el mismo fin. En todo caso, deberá ponderarse la proporcionalidad de la medida.

La prisión provisional puede adoptarse en tres modalidades: la comunicada (que constituye el régimen general), la incomunicada (cuando sea necesario para garantizar los resultados de la investigación penal, pudiendo durar la incomunicación un máximo de 10 días)[297] y la atenuada (que incluye el arresto domiciliario o el ingreso en un centro de desintoxicación o deshabituación). La duración máxima de la prisión provisional oscila entre los 6 meses y los 4 años, dependiendo de la gravedad del delito investigado y de los motivos que justificaron la adopción de la medida. El tiempo cumplido en prisión provisional

297. Arts. 384 bis y 509.2 Lecrim.

deberá computarse a efectos de la condena, si el imputado finalmente fuera condenado.

3. La libertad provisional

Cuando se acuerde la prisión provisional, se decretará la libertad provisional, que supone una situación intermedia entre la prisión provisional y el normal estado de libertad del inculpado. Por tanto, el imputado permanecerá en libertad, pero se le impondrá alguna o varias obligaciones, que pueden ser: la constitución de una fianza, la comparecencia periódica ante el órgano judicial, el embargo preventivo de bienes o la prohibición de disponer de ellos, la retención del pasaporte, la privación provisional del permiso de conducir y la orden de alejamiento.

4. Las medidas cautelares patrimoniales

Además de las medidas cautelares personales, antes referidas, existen también otras medidas cautelares de carácter patrimonial, que recaen sobre los bienes del imputado y pretenden asegurar las responsabilidades pecuniarias penales y civiles. En este sentido, puede determinarse la constitución de una fianza, el embargo, la anotación preventiva en registros, la fijación de una pensión provisional (por ejemplo, para la víctima), la intervención del vehículo, entre otras. Si el imputado fuese una persona jurídica, se podría acordar la clausura temporal del local, la suspensión de actividades o la intervención judicial de la misma.

Particularmente en los procesos seguidos por supuestos de violencia de género, suele darse una combinación de medidas cautelares personales y patrimoniales, tanto penales como civiles, para asegurar la protección de la víctima. En estos casos, existe legislación adicional a considerar, entre la cual podemos destacar la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica y la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

IV. LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN

1. La determinación del delito y sus circunstancias

La investigación que se realiza en las 24 horas siguientes a la comisión del delito es de vital importancia. En esos momentos, es crucial que se apliquen las técnicas de investigación adecuadas para el descubrimiento de vestigios, así como para la conservación de objetos, huellas y restos biológicos. Se efectúa así el examen de la «escena del crimen», que es el lugar en donde se ha producido el delito. En muchos casos, esto permite tener acceso al «cuerpo del delito», concepto que

se refiere tanto a la persona o cosa que haya sido objeto del delito, como a los instrumentos y medios utilizados para cometerlo (denominadas piezas de convicción). Esta investigación inicial ayudará también a identificar los indicios, ya sean objetos o hechos, que serán clave para desarrollar el resto de la instrucción.

Para averiguar los hechos criminales, sus circunstancias y las personas responsables, se realizarán las diligencias o actos de investigación que sean pertinentes, necesarios, útiles y proporcionados. La doctrina ha clasificado estos actos de investigación en dos grupos.[298] El primero está constituido por los *actos de investigación garantizados*, que son aquellos que inciden en los derechos fundamentales. Debido a esa afectación de derechos constitucionales, se requiere para su realización una autorización judicial expresa, así como el cumplimiento de ciertos requisitos constitucionales. Por tanto, se entiende que estos actos están cubiertos por una serie de garantías o requisitos constitucionales, cuyo cumplimiento determinará la validez procesal de la diligencia. En este grupo encontramos, por ejemplo, la entrada y registro en un domicilio, las intervenciones corporales, la escucha de comunicaciones telefónicas y los registros remotos realizados a ordenadores.

El segundo grupo está formado por los actos de investigación que no inciden directamente en los derechos fundamentales. Estas diligencias están reguladas en la legislación ordinaria, que establece los requisitos de las mismas. Sin embargo, no están garantizadas directamente por la CE, de allí que se refiera a ellas como *actos de investigación no garantizados*. Esto no quiere decir que sean inconstitucionales ni ilegales, simplemente que, en principio, no tienen esas garantías constitucionales reforzadas que sí tienen los del primer grupo. En este segundo grupo de actos no garantizados encontraremos las declaraciones realizadas por los testigos, el examen de documentos y la elaboración de dictámenes periciales (informes de dactiloscopia, balística, autopsia del cadáver, etc.).

2. Actos de investigación no garantizados

a) Documentos

La Ley española no regula expresamente una diligencia de investigación documental, pero sí establece que el tribunal examinará los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad (art. 726 Lecrim).

b) Declaración de testigos

El testigo es aquella persona que no es parte en la causa y que ha presenciado los hechos o que tiene conocimientos sobre los mismos. Existe una obligación

298. Gómez Colomer y Barona Vilar (2021b, 199-200).

legal de concurrir al llamamiento judicial para declarar como testigo, no obstante, la Ley establece algunas exenciones (por razones de Estado, de Derecho Internacional, de parentesco con el imputado o de secreto profesional). También declarará en condición de testigo la víctima y, además, se permite con ciertas modulaciones la declaración de los testigos indirectos o de referencia. La declaración de testigos está regulada en los artículos 410 a 450 Lecrim.

c) Careos

Esta diligencia de comprobación permite poner cara a cara a dos personas, ya sean imputados o testigos, y es especialmente útil cuando se producen declaraciones contradictorias. En el caso de los testigos existe obligación de decir la verdad; no obstante, los imputados están asistidos por el derecho a guardar silencio y no autoinculparse. Se prohíbe la realización de careos con menores de edad, salvo que sea indispensable y que un informe pericial determine que no será dañino para el menor. Los careos están regulados en los arts. 451 a 455 Lecrim.

d) Informes periciales

El perito es un tercero ajeno al proceso que posee conocimientos científicos, técnicos o artísticos, por tanto, conocimientos especializados que el juez no tiene, y que los aporta al proceso al hacer un estudio sobre los hechos o u otros elementos de la investigación. El perito puede ser una persona física o jurídica y su nombramiento puede realizarse por las partes (cada parte nombra un perito, sujeto a la aceptación del JI) o directamente por el JI. Además, el perito deberá ser objetivo e imparcial en la elaboración del informe y percibirá unos honorarios por la realización de su trabajo. Como diligencia de investigación, los informes periciales están regulados en los arts. 456 a 485 Lecrim.

e) Inspección ocular

Esta diligencia consiste en que el JI comprueba personalmente el lugar de los hechos, observando lo ocurrido y describiéndolo, a la vez que ordena la recogida de vestigios, restos y huellas del delito. En este acto será importante contar con la presencia del investigado –si este ya hubiera sido identificado– y de su abogado defensor. Será posible, además, tomar las declaraciones testificales *in situ* o contar con la presencia de algún perito. De todo lo actuado en la diligencia se levantará acta. La inspección ocular se regula en los arts. 326 a 333 Lecrim.

3. Actos de investigación garantizados

a) Requisitos constitucionales

La Lecrim recoge en los artículos 588 bis a) al 588 bis k) una serie de principios, garantías y requisitos comunes para estos actos de investigación que, como hemos explicado, inciden directamente en los derechos constitucionales y por tanto deben ir acompañados de una especial protección jurídica.[299] Estos principios han sido desarrollados por la jurisprudencia a través de los años, pero se incorporaron a la Lecrim a través de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación. El incumplimiento de los requisitos o principios constitucionales en la adopción o ejecución de estos actos de investigación puede tener como consecuencia la ilicitud del mismo y, por tanto, su exclusión procesal conforme al art. 11.1 LOPJ.

Así pues, la adopción de estas medidas de investigación deberá ir presidida por los siguientes principios:

- *Principio de especialidad:* exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto; por tanto, no podrán adoptarse medidas de investigación que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva.
- *Principio de idoneidad:* sirve para definir el ámbito objetivo y subjetivo, así como la duración de la medida en virtud de su utilidad.
- *Principio de excepcionalidad:* solo podrá acordarse la medida cuando no estén a disposición de la investigación otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado e igualmente útiles para el esclarecimiento de los hechos.
- *Principio de necesidad:* únicamente se acordará la medida cuando el descubrimiento del hecho investigado, la determinación de sus autores, la averiguación de su paradero o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esa medida.
- *Principio de proporcionalidad:* las medidas se considerarán proporcionadas cuando, tomando en cuenta todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para determinar la proporcionalidad el órgano judicial deberá ponderar los intereses en conflicto, la gravedad del hecho, su trascendencia social, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho fundamental.

---

299. Sistemáticamente, estas disposiciones están ubicadas en el capítulo referido a los medios de investigación tecnológicos. No obstante, de acuerdo al desarrollo y estado jurisprudencial de la cuestión, consideramos que deben ser aplicadas a todos los actos de investigación que inciden en derechos fundamentales. V. Madrid Boquín (2020b, 125-132).

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

b) Declaraciones del imputado

Esta diligencia tiene una naturaleza mixta, ya que es a la vez un acto de investigación y un acto de defensa. Como explicamos en el capítulo anterior, deberá informarse al investigado sobre su derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. No obstante, si aun así admite los hechos, el JI deberá comprobarlos con la demás información y elementos resultantes de la investigación. El imputado será interrogado las veces que sea necesario durante el procedimiento preliminar y sus declaraciones deberán hacerse siempre en presencia del abogado defensor. La regulación de la declaración o interrogatorio del investigado se encuentra en los arts. 385 a 409 Lecrim.

c) Diligencia de entrada y registro en un lugar cerrado

Es el acto de investigación consistente en la penetración en un determinado recinto aislado del exterior, con la finalidad de buscar y recoger fuentes de investigación o de encontrar a la propia persona del imputado. Esta diligencia tiene dos fines: primero, el de asegurar las pruebas y piezas de convicción para que estén a disposición de las partes y del JI; segundo, el de detener al presunto culpable que podría encontrarse dentro de ese lugar. Como presupuestos para la adopción de esta medida se exige que existan indicios de que en el lugar se encuentra el investigado o los efectos del delito y, además, que se dicte un auto judicial acordando la medida. Este último no será necesario si la persona interesada autoriza la entrada (por ejemplo, si quien reside en ese domicilio autoriza la entrada de la policía). La Ley distingue varios escenarios, según la entrada y registro se realice en edificios o lugares públicos oficiales, no oficiales, religiosos, particulares o cualificados por normativa internacional. La regulación de este acto de investigación se encuentra en los artículos 545 a 572 Lecrim.

d) Diligencia de registro de libros y papeles

Con este acto se busca recoger toda aquella documentación que constituya el objeto del delito o que sirva para esclarecer los hechos criminales investigados. Es posible que una entrada y registro tenga como finalidad también el registro de libros y papeles, que en todo caso deberá realizarse respetando los requisitos constitucionales. No obstante, la diligencia de registro de libros y papeles tiene su propia regulación en los artículos 573 a 578 Lecrim.

e) Detención y apertura de correspondencia escrita y telegráfica

Esta diligencia afecta al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y se refiere a la detención y toma de conocimiento del contenido de las

comunicaciones escritas (por ejemplo, correo postal o fax) o telegráficas (cada vez más en desuso) que sean enviadas o recibidas por el investigado. Para adoptar esta medida será necesario que existan indicios de que la diligencia será útil para la investigación y además debe contarse con la debida autorización judicial. No obstante, no se requerirá dicha autorización con relación a correspondencia que tengan formato de comunicación abierta o a envíos que por sus características externas no sean usualmente utilizados para contener correspondencia individual. Se puede distinguir dos momentos en esta diligencia: primero, la detención de las comunicaciones, que puede ser efectuada por la policía o por el funcionario que designe el JI, por ejemplo, el jefe de la oficina de correos; segundo, la apertura y lectura de la comunicación, que solamente podrá ser realizada por el JI. Este acto de investigación está regulado en los artículos 579 a 588 Lecrim.

En el artículo 579 bis Lecrim se regula la utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto, es decir, los *descubrimientos o hallazgos casuales*. Se indica que el resultado de la diligencia podrá ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal, siempre y cuando se pueda acreditar la legitimidad de la injerencia original. Sin embargo, para continuar con la investigación del delito casualmente descubierto, será necesaria la autorización del juez competente, quien deberá analizar el marco en el que se produjo el hallazgo casual. Consideramos que esta regulación sobre los descubrimientos casuales no es exclusiva de la diligencia de detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica, sino que debe poder aplicarse a los demás actos de investigación que puedan producir hallazgos fortuitos (por ejemplo, como sucede con la entrada y registro de un lugar cerrado, con las escuchas telefónicas y los registros remotos de equipos informáticos).[300]

Finalmente, debemos indicar que la diligencia de detención y apertura de correspondencia escrita y telegráfica puede realizarse únicamente con relación a ciertos delitos. En este sentido, debe tratarse de (1) delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de al menos tres años de prisión, (2) delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal, (3) delitos de terrorismo.

f) Filmación de lugares públicos

La Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad en lugares públicos, permite grabar mediante videocámaras lo que sucede en los lugares públicos, ya sean abiertos o cerrados. Esta posibilidad se contempla como una medida de seguridad ciudadana, pero puede convertirse en una fuente de información y de prueba si se detecta la comisión de un delito. La instalación de las videocámaras se realiza por la policía tras un informe favorable, dictado por una comisión que está integrada por autoridades administrativas y judiciales. En casos de

300. V. Madrid Boquín (2020b, 123-124).

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

urgencia, la Policía Judicial puede instalar cámaras móviles y deberá dar cuenta al responsable provincial en el plazo legalmente determinado. En aquellos casos en los que una videograbación pudiera afectar al ámbito privado de una persona, será indispensable contar con una autorización judicial o con la autorización de la propia persona afectada.

g) Intervenciones corporales directas

Estas intervenciones se realizan directamente sobre el cuerpo del imputado y pueden incidir en sus derechos a la intimidad (art. 18.1 CE), a la integridad física y moral (art. 15 CE), derecho de defensa y derecho a no declarar contra sí mismo (art. 24.2 CE). Pese a su relevancia, estos actos de investigación no cuentan con una regulación procesal penal específica, pero sí se mencionan en los artículos 326, 363 y 778.3 Lecrim. Las intervenciones corporales pueden adoptar varias formas, por ejemplo, extracciones de sangre, análisis de sustancias corporales, radiografías, tactos vaginales o anales, reconocimientos corporales, tests psicológicos, test de alcoholemia y de estupefacientes, entre otros. La recogida de muestras biológicas por parte de la Policía Judicial en la escena del crimen no supone mayor problema; sin embargo, si la práctica de la diligencia o la extracción de la muestra se tiene que realizar directamente sobre el cuerpo del imputado y no se cuenta con su autorización, deberá existir una resolución del JI que la ordene, siempre y cuando se cumplan los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

h) Medios de investigación tecnológicos

Su regulación fue introducida en la Lecrim a través de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación. Dado que estos actos de investigación inciden en los derechos del artículo 18 CE,[301] en su adopción y práctica deberán cumplirse los requisitos constitucionales explicados *supra*. Adicionalmente, la Lecrim indica los plazos máximos de duración para estas medidas de investigación, llegando a limitar su adopción a la investigación de cierta clase de delitos (por ejemplo, por su gravedad o por la clase de delito). Estas diligencias son:

– *La intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.* A través de este acto de investigación, la autoridad toma conocimiento de las

301. Artículo 18 CE. 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

comunicaciones telefónicas o telemáticas, verbales o escritas, independientemente del programa o dispositivo utilizados, realizadas entre dos o más personas que desconocen la interceptación y que se encuentran separadas entre sí. Está regulado en los artículos 588 ter a 588 ter (m).

– *La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos.* Esta diligencia incluye la captación y grabación de comunicaciones orales, pero también de imágenes, estando limitada a ciertos encuentros, lugares o momentos predeterminados. Puede realizarse en lugares públicos o privados, abiertos o cerrados, incluido el domicilio de la persona investigada. La regulación pertinente se encuentra en los artículos 588 quáter (a) al 588 quáter (e).
– *La utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización.* Esta diligencia incluye la filmación en lugares públicos, así como el uso de dispositivos que permitan conocer la localización de la persona investigada (por ejemplo, un dispositivo GPS o un dron). Su regulación se encuentra en los artículos 588 quinquies (a) al 588 quinquies (c).
– *El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información.* Permite acceder al contenido almacenado en dispositivos informáticos, tales como servidores o bases de datos. Está regulado en los artículos 588 sexies (a) al 588 sexies (c).
– *Los registros remotos sobre equipos informáticos.* En estos casos, el registro realiza a la distancia, por ejemplo, a través de un «gusano» informático que se introduce en el ordenador u otro equipo investigado, con el fin de extraer información relevante para la investigación. La Ley indica con relación a cuáles delitos se puede adoptar esta medida de investigación e indica los extremos que se debe especificar en el auto que ordena la medida. Esta diligencia está regulada en los artículos 588 septies (a) al 588 septies (c).

4. Otras técnicas de investigación

Además de los actos de investigación, la Lecrim también hace referencia a otras técnicas de investigación policial que son especialmente útiles ante la problemática del crimen organizado.

En primer lugar, encontramos la *entrega vigilada de drogas, estupefacientes y otras sustancias* que consiste en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas, sustancias prohibidas, equipos, materiales u otros bienes procedentes de ciertas actividades ilícitas determinadas en la Ley[302] circulen por territorio español o salgan y entren en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de alguno de estos

302. Abarca las actividades ilícitas tipificadas en los artículos 301-304 y 368-373 del CP español.

delitos, así como también de prestar auxilio a autoridades extranjeras (art. 263 bis Lecrim).

En segundo lugar, está la técnica del *agente encubierto*, que puede actuar tanto como una persona física como un agente encubierto informático. En el primer caso, un agente se infiltra en un grupo criminal organizado y desde dentro coadyuva a su desarticulación (art. 282 bis Lecrim). En este sentido, se entiende por criminalidad organizada aquella que es realizada por una asociación de tres o más personas, que de forma permanente o reiterada cometen conductas que tengan como fin alguno de los delitos para estos efectos señalados por la ley.[303] Así, el agente actuará bajo una identidad supuesta, otorgada por el Ministerio de Interior, pudiendo adquirir y transportar objetos, efectos e instrumentos del delito, obtener imágenes, grabar conversaciones, etc. Sin embargo, cuando sus actuaciones afecten derechos fundamentales, deberá actuar con autorización judicial. En el segundo caso, el agente encubierto informático también actuará bajo identidad supuesta, pero lo hará a través de comunicaciones mantenidas en canales cerrados, pudiendo intercambiar o enviar archivos ilícitos, analizar los algoritmos asociados a ellos, etc. En ambos casos, el agente encubierto está exento de responsabilidad criminal por las actuaciones cometidas y que fueran necesarias para el adecuado desarrollo de la investigación, siempre y cuando sean proporcionales con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito.

V. PROTECCIÓN JURÍDICA EN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN

En la LOPJ se regula la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia (arts. 292 a 296 LOPJ). Así pues, los daños causados a los bienes o derechos por error judicial o por funcionamiento anormal de la justicia, darán a la persona perjudicada derecho a una indemnización a cargo del Estado. El daño debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

Más concretamente, con relación al proceso penal se establece que tendrá derecho a indemnización quienes después de haber sufrido prisión preventiva resulten absueltos o si se dicta auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios (art. 294 LOPJ).[304] En estos casos, la cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido. La petición de la indemnización se tramitará en la forma establecida en el art. 293 LOPJ.

---

303. Entre ellos el tráfico de órganos, secuestro de personas, trata de seres humanos, prostitución, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, delitos contra los derechos de los trabajadores, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, tráfico de especies amenazadas, delitos contra la salud pública, terrorismo.

304. Artículo que debe ser interpretado de acuerdo con las SSTC 8/2017, de 19 de enero y 10/2017, de 30 de enero.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Capítulo 11. El defensor

«El imputado puede servirse de la asistencia de un defensor en cualquier estado del proceso» (texto del § 137, inc. 1.º, 1.ª oración), esto es, ya con la primera medida de investigación en su contra, y debe ser instruido de ese derecho al inicio de su (primer) interrogatorio (§ 136, inc. 1.º, 2.ª oración). El imputado debería hacer uso de este derecho; no puede tomar distancia de su problema y no tiene competencia para solucionarlo. «Quien se defiende a sí mismo, tiene a un tonto como abogado y a un tonto como mandante» (proverbio). En el derecho procesal penal existe una clara diferencia entre el «*law in books*» y el «*law in practice*». Esta distinción no apunta a un déficit en la ejecución de la norma, sino a un «código informal» en el proceso que el imputado no conoce.

I. EL ROL DEL DEFENSOR

(1) El proceso penal alemán no es un proceso inquisitivo (con un «inquisidor» que es juez y acusador al mismo tiempo, cf. *supra* § 6 nm. 7). Sin embargo, en el juicio oral se procede de manera inquisitiva en cuanto el tribunal asume la iniciativa e instruye por sí mismo (con respecto a esta máxima procesal, *infra* § 18 nm. 5, 15). El juez no solo dirige el juicio oral, sino que es el señor del proceso, sobre todo porque es su tarea investigar de oficio la verdad. En el modelo contradictorio (del proceso penal angloamericano) solo tiene que decidir acerca de si alguna de las alternativas de lo que ha ocurrido, presentadas, por un lado, por la autoridad de persecución penal y, por otro, por la defensa, pueden considerarse verdaderas. El proceso penal alemán, en este sentido, no es un «proceso de partes» en el que la fiscalía y la defensa se pelean por la verdad contradictoriamente («sistema adversarial») y la (re-)construyen. Desde un punto de vista comparado, dicho de un modo sencillo, el modelo contradictorio garantiza más bien la lealtad del procedimiento y el inquisitivo, la verdad material de los fundamentos de la sentencia. En el primer caso, la defensa es un principio de construcción inmanente al sistema, en el segundo caso, sin embargo, es prescindible desde el punto de vista teórico. No solo el tribunal es competente para investigar la verdad de oficio; la fiscalía también está obligada a investigar las circunstancias de descargo (§ 160, inc. 2.º) y se jacta de ser «la autoridad más objetiva del mundo». El carácter imprescindible de la defensa debe fundamentarse pragmáticamente, con lo cual quiere decirse

que aquella objetividad no está garantizada «en la práctica» bajo las condiciones cotidianas, y ello explica que haya habido intentos nefastos (durante el nacionalsocialismo) de limitar drásticamente la institución de la defensa, y que ella una y otra vez deba defenderse contra el reproche silencioso de obstaculizar la «efectividad de la administración de justicia penal». Sin embargo, en principio se reconoce que la defensa contribuye a la conformidad del proceso con el Estado de derecho y a su lealtad (cf. también la garantía en el art. 6.º, inc. 3.ºc CEDH), que actualiza la posición jurídica del imputado como sujeto (y no como mero objeto) del proceso penal y constituye la contraparte necesaria de las autoridades a cargo de la persecución penal, cuya superioridad, de todos modos, no puede equilibrarse. La «igualdad de armas» entre la fiscalía y el imputado (cf. *supra* § 9 nm. 29) no es una realidad ni un objetivo que puede alcanzarse;[305] piénsese en las facultades de intervención en el procedimiento de investigación que nunca estarán a disposición de la defensa.

En el procedimiento de investigación, el principio inquisitivo es especialmente acentuado. Este procedimiento no se desarrolla en forma oral, sino escrita; no es público, sino secreto. Correspondientemente, el margen de acción de la defensa es modesto.[306]

II. DERECHOS DEL DEFENSOR

1. Derecho a estar presente

(2) *a*) En el caso de interrogatorios en el procedimiento preliminar, el defensor puede estar presente en primer lugar, cuando el juez interroga al imputado o testigos y cuando la fiscalía realiza un interrogatorio del imputado. En lo que respecta a los interrogatorios policiales, el § 163a inc. 4.º ha sido complementado por la «Ley para reforzar los derechos procesales de los imputados en procesos penales y para modificar el derecho de escabinos», de 27 de agosto de 2017,[307] mediante una referencia al § 168c, inc. 1.º y 5.º, de modo que ahora el abogado defensor también tiene derecho a estar presente en dichos interrogatorios.[308]

La ley considera posible que la presencia del defensor pueda «poner en peligro el éxito de la investigación» (p. ej. ejerciendo influencia sobre el comportamiento de testigos o peritos al prestar declaración). El § 168c, inc. 5.º, 2.ª oración, que ahora también se aplica cuando la policía interroga al imputado (§ 163a, inc. 4.º, 3.ª oración) permite por eso no informarle de la fecha en caso de indicios concretos de actos de entorpecimiento. Si a pesar de ello el defensor asiste (porque, p. ej., se enteró por su mandante cuándo tiene lugar el interrogatorio), no puede ser excluido con el mismo argumento (cf. § 168c, inc. 3.º el cual menciona únicamente al imputado).

---

305. Sino únicamente un objetivo al que se puede aspirar, cfr. TEDH, *NJW* (2000), 2883 (Nicolova); (2001), 52 (Aquilina); más detalladamente, Ambos (2018), § 10 nm 26 ss. y Ambos (2017), 166 ss.
306. El proyecto de discusión presentado en febrero de 2004 por las fracciones de la por entonces coalición del gobierno y el Ministerio de Justicia nacional para una reforma del proceso penal (*StV* [2004], 228 ss.) pretendía una inclusión más fuerte de la defensa en el procedimiento de investigación.
307. *BGBl.* I, 2017, 3295.
308. Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 163a nm. 9a; Beulke/Swoboda (2020), nm. 156 con más referencias.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

La violación del deber de informar genera una **prohibición de valoración**.[309] Por lo tanto, la declaración no puede ser introducida en el juicio oral si el defensor o el imputado la objetan (cf. *infra* § 28 nm. 26).

b) En el juicio oral, el defensor siempre puede estar presente. De ello se sigue que en caso de una defensa necesaria (al respecto *infra* nm. 27 ss.) existe incluso un deber de estar presente (§ 145, inc. 1.º, 1.ª oración). Sin embargo, de ello no se desprende que no pueda celebrarse bajo ninguna circunstancia el juicio oral si el abogado defensor elegido no puede asistir. En cualquier caso, el juez presidente debe «esforzarse seriamente en hacer valer en la medida de lo posible el derecho del acusado a ser defendido por un abogado de su confianza».[310]

2. Investigaciones propias

(3) El defensor no tiene prohibido hacer investigaciones propias (un punto de referencia de este derecho lo proporciona el § 364b, inc. 1.º, n.º 1: «investigaciones»).[311] Él carece de potestades para practicar medidas de injerencia; por lo tanto, no puede hacer algo distinto a, por ejemplo, interrogar testigos, coimputados y peritos; contratar un detective privado; etc.

3. Derecho a requerir prueba

El defensor tiene un derecho a solicitar prueba con el mismo alcance que el imputado.

4. Manifestaciones

(4) El defensor puede realizar manifestaciones en todo momento. Ello se deduce de su función de «asistencia» (§ 137). Dichas manifestaciones no son «declaraciones» o manifestaciones del imputado.[312] El defensor actúa por derecho propio (con más detalle *infra* nm. 21).

En el juicio oral tiene este derecho en virtud de los §§ 240, 257, 258. Mediante la «Ley para una configuración del proceso penal más efectiva y adecuada para la práctica», de 17 de agosto de 2017,[313] la inserción del § 243 inc. 4.º, 3.ª y 4.ª oraciones, le otorgó a la defensa la oportunidad de presentar una manifestación de apertura en «procedimientos de primera instancia particularmente extensos» ante el Tribunal Estadual y el Tribunal Superior Estadual, previa solicitud correspondiente.[314]

---

309. *BGHSt* 31, 140, 144.
310. BGH, *NStZ* (2018), 607, 608.
311. Con más detalle, Bockemühl, FS Beulke (2015), 647; Dahs (2005), nm. 285 ss.
312. BGH, *NStZ* (1990), 447.
313. *BGBl.* I (2017), 3202.
314. Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 243 nm. 31a ss.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

5. Derecho a examinar las actuaciones § 147

El derecho a examinar las actuaciones es el derecho más importante del defensor en el procedimiento de investigación y, a la vez, es el único que se le puede denegar hasta el cierre de este procedimiento (inc. 2.º y 5.º).

a) Titular

(5) El derecho a examinar las actuaciones es un derecho que tiene el defensor, no el imputado. Sin embargo, un imputado que se defiende a sí mismo puede hacer valer su derecho a la información en virtud del artículo 6.º, inc. 1.º y 3.º CEDH;[315] anteriormente y de conformidad con el § 147 inc. 7.º se limitaba a «informaciones y transcripciones». Los derechos del imputado se han ampliado con la «Ley sobre la introducción del expediente electrónico en la judicatura y el fomento de las comunicaciones jurídicas electrónicas», de 5 de julio de 2017.[316] El § 147 inc. 4.º prevé ahora la aplicación correspondiente de los inc. 1.º a 3.º para el imputado que carece de defensor. Sin embargo, este sigue estando en una posición más débil, ya que siempre se le puede negar el acceso aduciendo una puesta en riesgo del objetivo de la investigación en otro procedimiento penal (§ 147, inc. 4.º, 1.ª oración). Además, en los casos en los que los expedientes (todavía) no sean gestionados electrónicamente, «se pueden proporcionar copias de los expedientes» al imputado sin defensor (§ 147, inc. 4.º, 2.ª oración). Por último, los derechos previstos en el § 147, inc. 4.º solo están disponibles para el imputado sin defensor, de modo que el imputado con defensor no goza del mismo estatus jurídico que su abogado defensor.[317]

> **Caso 1:** En el expediente hay una constancia de la Policía Criminal sobre las líneas telefónicas que el imputado suele utilizar. Puede pensarse que esto indica que hay una vigilancia telefónica en curso o que ella es inminente. ¿Puede el defensor poner al alcance de su mandante esta parte de las actuaciones?

(6) La cuestión acerca de si el defensor puede informar sobre medidas que tienen un efecto sorpresa (registro, orden de detención, etc.) es muy discutida.[318] Se refiere al límite entre actos del defensor permitidos y un encubrimiento personal punible (al respecto, *infra* nm. 26). La mera información sobre el contenido de las actuaciones se admite también cuando ello pudiera poner en peligro el éxito de la investigación.[319] Cae en el ámbito de riesgo de la fiscalía dar a conocer esta parte de las actuaciones; ella podría haberlo evitado (§ 147, inc. 2.º).

---

315. TEDH, *NStZ* (1998), 429.
316. *BGBl.* I (2017), 2208. Con mayor detalle Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 147 nm. 31 ss.
317. Crítico al respecto Beulke/Swoboda (2020), nm. 162a.
318. Cf. Beulke, *StV* (1994), 575.
319. Welp, FG Peters, 316 ss.; otra opinión en *BGHSt* 29, 99.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Caso 2: El defensor no se limita a informar al mandante sobre esta parte de las actuaciones, sino que le aconseja que solamente haga llamadas telefónicas desde otras líneas.

Ello no está permitido (cf. *infra* nm. 26). Sin embargo, la diferencia con respecto a los actos permitidos del defensor es pequeña:

Caso 3: El mandante lee aquella constancia de la Policía Criminal, llama a su defensor y le pregunta bajo qué presupuestos son admisibles las escuchas telefónicas.

El defensor puede dar información jurídica en todo momento, incluso cuando piense que el mandante sacará sus propias conclusiones al respecto.

(7) La **víctima** del hecho puede examinar las actuaciones a través de un abogado (§ 406e).[320] Las posibilidades para las víctimas no representadas por un abogado se rigen por el § 406e inc. 3.º, que fue incorporado por la ley del 5 de julio de 2017.[321] La entrega de informaciones del expediente y el derecho a examinar las actuaciones por parte de reparticiones públicas y personas privadas interesadas está regulado en los §§ 474 ss.

b) Obligados

(8) En el procedimiento preliminar decide la fiscalía, mientras que en el procedimiento principal, el tribunal (el presidente, inc. 5.º). Sin embargo, si el tribunal también necesita el expediente (dado el caso, aún no gestionado electrónicamente), la vista de las actuaciones solo se concede bajo motivos especiales (p. ej., actuaciones que se formaron con posterioridad, cambio de defensor). Después de que el cierre del proceso queda firme, el defensor puede tener un interés en la vista de las actuaciones, por ejemplo, porque quiere solicitar una revisión o presentar pedidos con respecto a la ejecución de la pena. El defensor debe presentar su solicitud allí donde se encuentran las actuaciones, y si la vista le es denegada debe dirigirse al tribunal que habría tenido que decidir sobre su solicitud (inc. 5.º, 1.ª oración, segunda parte, por analogía).

c) Espacio de tiempo

(9) Como se acaba de exponer, el defensor puede solicitar la vista de las actuaciones en cualquier momento del proceso. Puede ser denegada antes del cierre de las investigaciones en forma total o parcial («piezas de las actuaciones»), cuando ello pueda poner en peligro el fin de la investigación (inc. 2.º; para las excepciones *infra* nm. 12). Para ello, debe haber indicios concretos. La

320. Con más detalle, Riedel/Wallau, NStZ (2003), 393 ss.
321. Cf. Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 406e nm. 16 s.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

opinión dominante, por el contrario, se considera satisfecha con la experiencia criminalística y excluye únicamente posibilidades lejanas, vagas.

d) Alcance

(10) El defensor puede examinar las *actuaciones*, lo que en el caso de los archivos electrónicos suele tener lugar poniéndolos a disposición para su consulta (§ 32f inc. 1.º, 1.ª oración) y, previa solicitud especial, de conformidad con el § 32f inc. 1.º, 2.ª oración, mediante su inspección en las oficinas. Normalmente, los expedientes se envían o entregan al abogado defensor a petición suya para su inspección en sus oficinas «a menos que haya razones importantes para lo contrario» (§ 32f inc. 2.º, 3.ª oración). Las piezas probatorias (p. ej., el arma del hecho) (solo) pueden ser inspeccionadas (§ 147 inc. 1.º). Las filmaciones son parte de las actuaciones (cf. § 58a, inc. 2.º, 3.ª oración).[322]

aa) El § 147 inc. 3.º enumera las piezas de las actuaciones cuya vista está permitida al defensor en cualquier momento, incluso antes del cierre de las investigaciones (inc. 6.º, 1.ª oración), y que según el inc. 2.º no debe prohibirse.

bb) Por lo demás, el defensor puede acceder a todas las actuaciones que existen en el tribunal (§ 147 inc. 1.º); sin embargo, solo en casos excepcionales puede ver los datos de las intervenciones de telecomunicaciones.[323]

> **Caso 4:** El tribunal deniega la vista del expediente junto con las decisiones sobre el cumplimiento de la prisión preventiva (controles posteriores, permisos de visita, etc.) con el argumento de que carecería de interés para el procedimiento.

Este tipo de «censura» no tiene lugar: «a través del derecho a examinar las actuaciones debe posibilitarse una información completa sobre los documentos escritos presentados en el procedimiento». El tribunal no puede elegir. «El derecho a examinar las actuaciones abarca más bien la facultad de la defensa de analizar bajo su propia responsabilidad qué documentos podrían ser relevantes para la defensa».[324]

cc) El defensor tiene derecho a examinar todas las actuaciones que «fueron presentadas [al tribunal] con la acusación» (§ 147 inc. 1.º; cf. § 199, inc. 2.º, 2.ª oración). La fiscalía debe presentar todas las actuaciones, esto es, los procedimientos enviados por la policía (§ 163, inc. 2.º, 1.ª oración) y los procedimientos formados por ella (cf. § 168b). Rige el principio de la completitud de las actuaciones. La fiscalía no tiene un derecho a elegir; debe presentar también el material que ella, desde la perspectiva del imputado, considere insignificante.[325]

---

322. De acuerdo con otra opinión se trata de medios de prueba (§ 147, inc. 4.º, 1.ª oración) que no deben hacerse públicos al defensor; cf. Trück, *NStZ* (2004), 129.
323. En lo que respecta a la realización o emisión de las copias correspondientes, la jurisprudencia también quiere ponderar los derechos personales o los intereses de protección de datos de terceros (véase OLG Celle, *StraFo* (2016), 516; OLG Frankfurt, *StV* (2016), 148; KG *StraFo* (2017), 420; véase también Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 147 nm. 19c y d así como en detalle Wu, *HRRS* (2018), 108).
324. *BGHSt* 37, 204 ss.
325. Discutido, cf. Meyer-Goßner, *NStZ* (1982), 356.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

dd) Esto vale también para los protocolos sobre rastros

(11) Caso 5: En la búsqueda de un extorsionador, la policía ha investigado cientos de indicios. A la fiscalía solo le fueron presentados los documentos sobre el presunto autor. El defensor quiere examinar los otros procedimientos realizados para buscar elementos de descargo que probablemente no fueron reconocidos por la policía o fueron excluidos por ella.

Este interés es sin duda legítimo.[326] Solamente es dudoso de qué modo se realiza. La opinión dominante sostiene que los protocolos sobre rastros pertenecen a las actuaciones en cuanto puedan tener alguna importancia para el imputado. La opinión contraria se opone a esta limitación; todos los protocolos sobre rastros son parte de las actuaciones. Si ellos no fueron introducidos en las actuaciones, la opinión dominante se remite a la vía legal de los §§ 23 ss. EGGVG.[327]

(12) *ee*) También pueden ser examinados en cualquier momento antes de la constancia de clausura (§ 147 inc. 6.º; § 169a):

– los documentos mencionados en el § 147 inc. 3.º –los elementos sobre los que se funda la orden de detención contra el imputado–, porque de lo contrario no podría defenderse contra ellos.[328] Ellos constituyen información «esencial» para una impugnación eficaz (§147, inc. 2.º, 2.ª oración).[329]

e) Impugnación

(13) La denegación del examen de las actuaciones por la fiscalía puede impugnarse ante el Tribunal Estadual (§ 147, inc. 5.º, 2.ª oración)[330] cuando:

– la fiscalía dejó constancia en las actuaciones de la clausura de la investigación,
– se trata de las piezas de las actuaciones mencionadas en el § 147 inc. 3.º (cf. *supra* nm. 10),
– el imputado no se encuentra en libertad.

El rechazo por el juez puede ser impugnado mediante queja (§ 304, inc. 1º e inc. 4.º, 2.ª oración, n.º 4) sin que se oponga el § 305.[331]

326. Cf. BVerfG, *NJW* (1983), 1043.
327. BVerfG, *ibid.*; *BGHSt* 30, 131. Sobre el estado de la discusión Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 147 nm. 18, 40.
328. Cf. TEDH, caso Lamy, *StV* (1993), 283; además, TEDH, *StV* (2001), 201 (Lietzow); TEDH, *StV* (2001), 203 (Schöps); TEDH, *StV* (2001), 205 (García Alva); al respecto Kempf, *StV* (2001), 206; OLG Hamm, NStZ (2003), 386; SK-StPO/Wohlers § 147 nm. 63.
329. Esto no debe generalizarse y extenderse a un derecho a un examen completo de las actuaciones; TEDH, *NStZ* (2009), 164.
330. Véase, p. ej., BeckOK StPO/Wessing (2021), § 147 nm. 34.
331. Discutido, cf. OLG Frankfurt, *NStZ* (1996), 238.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

6. Derecho al contacto (comunicación libre) con el imputado, § 148

(14) Sin esta libertad, la defensa no es posible. El derecho a poder comunicarse con el imputado sin restricciones está garantizado a través de las prohibiciones

– de limitar temporalmente las visitas en el establecimiento (establecimiento penitenciario, establecimiento psiquiátrico);
– de controlar, escuchar o interceptar las conversaciones (dentro y fuera de un establecimiento) (§ 100a); las violaciones conducen a una prohibición de valoración;
– de controlar la comunicación escrita del imputado detenido con su defensor;
– de incautar el correo y los documentos del defensor con el mandante, quien con ello se vería lesionado en su derecho a una defensa efectiva.[332] El hecho de que en el caso del defensor no puedan ser incautados resulta ya del § 97 (cf. *supra* § 10 nm. 36). Además, en caso de sospecha de participación (etc.) el defensor está protegido frente a incautaciones por el § 148 (con más detalles *infra* nm. 40).

(15) El defensor de un imputado detenido, a quien se le atribuye un delito según el § 129a StGB, debe tolerar las restricciones del § 147 inc. 2.º y quizás incluso una prohibición de comunicación (§§ 31 ss. EGGVG, introducidos por el Parlamento alemán dos días después del secuestro «Schleyer»; desde 1977 no se utilizaron más, pero tampoco fueron derogados).

III. DEBERES DEL DEFENSOR

Las posibilidades de la defensa están limitadas por tres deberes: deber de actuar a favor del imputado, deber de guardar silencio y deber de decir la verdad.

1. Deber de actuar a favor del imputado

(16) El defensor tiene el encargo (§ 675 BGB) de proteger los intereses del imputado. Está obligado a la parcialidad, no a la objetividad.

> **Caso 6:** El mandante confesó a su defensor haber cometido el hecho, pero en la audiencia principal lo negó. El tribunal reconoce que no puede superar la duda respecto de la culpabilidad del acusado. El defensor pide una pena leve.

Con ello infringió el deber de actuar a favor del imputado. Cuando el defensor, en tal situación, no puede conciliar el pedido de una absolución con su visión de la profesión o con su conciencia, debe renunciar al mandato.

---

332. *BGHSt* 44, 46.

ISBN: 978-84-18432-78-1 Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

2. Deber de guardar silencio

(17) El hecho de que el defensor solo pueda exponer lo que es favorable para el mandante resulta ya de su deber de actuar a favor del imputado. Este deber se fundamenta y establece para la salvaguarda de intereses unilaterales a través del deber de guardar silencio (§ 203 StGB). Las circunstancias incriminatorias no deben ser reveladas sin el consentimiento de su defendido.

> **Caso 7:** Al acusado se le atribuye y prueba un asesinato. Su defensor sabe que él todavía ha cometido dos delitos de homicidio más. Si él manifestara esto y solicitara un dictamen psiquiátrico, pondría al descubierto un trastorno psíquico patológico (§§ 20, 21 StGB), que no sería plausible solo en el caso de un solo hecho aislado.

Según el deber de asistencia, debe aspirarse al resultado más favorable. El deber de guardar silencio obstruye este camino.

3. Deber de decir la verdad

(18) El defensor también debe manifestar lo que habla en favor de su mandante y no lesiona su interés en mantener el secreto. Sin embargo, solo debe manifestar aquello que se corresponde con la verdad. El mandante puede mentir, el defensor no. El defensor tiene un deber de decir la verdad. Por una parte, no se le permite violar el deber de asistencia o el de guardar silencio. Por otra parte, se le prohíbe hacer valer los intereses de su mandante a costa de la verdad. Por ello, en algunos casos, el defensor debe callar la verdad, pero siempre debe atender a que todo lo que dice sea verdadero.

> **Caso 8:** El defensor da el nombre de un testigo que sabe que proporcionará una falsa coartada al acusado.

Esto es una violación al deber de decir la verdad.

> **Caso 9:** Uno de los testigos citados por el tribunal para sorpresa del defensor realiza una declaración falsa y proporciona una coartada al acusado.

El defensor, que tiene un mejor conocimiento de los hechos, no debe intervenir en interés de la verdad, porque está obligado a guardar silencio.

> **Caso 10:** El acusado afirma, incluso en contra de su defensor, que él no estuvo en el lugar del hecho y menciona a X como testigo. El defensor tiene sus dudas sobre la verdad de esta historia, pero no obstante, nombra a X como testigo para probar que el acusado no podría ser el autor.

(19) En caso de duda, el defensor no debe permanecer inactivo. Incluso dudas considerables en cuanto a la corrección de lo que afirma su mandante no le im-

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

piden someterlo a prueba,[333] especialmente cuando no tiene posibilidad alguna de examinar la verdad.

IV. POSICIÓN JURÍDICA DEL DEFENSOR

1. Órgano de la Administración de Justicia

La **opinión dominante** ve al defensor como un **órgano de la Administración de Justicia**.[334] Con ello, se delimitan las libertades y obligaciones.

(20) *a*) El defensor es independiente del tribunal y la fiscalía. No está bajo el control del tribunal.[335] Su obligación de hacer valer los intereses del imputado sirve a la vez al interés público en un proceso conforme con el Estado de derecho y las formas jurídicas. En este sentido, junto con la fiscalía y el tribunal es un órgano de la Administración de Justicia con los mismos derechos.

(21) El defensor también es independiente de su mandante. Actúa bajo derecho propio. Debido a que sus facultades no se derivan de las del imputado puede desempeñarse en interés de una defensa adecuada incluso contra la voluntad de su mandante. Puede presentar manifestaciones que el mandante no quiera oír, plantear solicitudes probatorias que el defendido no habría querido plantear (p. ej., sobre un examen psiquiátrico) y no interponer recursos a pesar de que su mandante se lo exija (solamente no debe interponerlos contra su voluntad, § 297). El defensor es un «asistente», pero no un representante del imputado (prescindiendo de las excepciones del § 234; otras regulaciones especiales en los §§ 329, inc. 1.º; 350, inc. 2.º; 387, inc. 1.º; 411, inc. 2.º, 1.ª oración; 434, inc. 1.º, 1.ª oración; 444, inc. 2.º). La posición jurídica del defensor está separada de la del imputado (de modo que un abogado como imputado no puede defenderse a sí mismo).[336]

(22) *b*) La posición jurídica como órgano del poder judicial está vinculada a obligaciones y restricciones. El defensor solo puede emplear recursos permitidos jurídicamente y no debe sabotear el orden jurídico estatal. Tiene prohibido el encubrimiento personal y ya su tentativa es punible.[337] Esto se puede explicar con la vinculación a la ley y el derecho. Sin embargo, el deber de decir la verdad solo puede derivarse de que a la defensa se le atribuyen funciones públicas y ellas forman parte de la tarea (original del Estado) de averiguar la verdad en un proceso penal que satisface las formas jurídicas. En contra de ello se dirigen:

---

333. BGH, *NStZ* (1993), 79.

334. Desde RG, *JW* (1926), 2756; *BVerfGE* 38, 105, 119; sobre el estado de la discusión KK-StPO/Laufhütte/Willnow, comentario previo al § 137 nm. 5; sobre la posición jurídica del defensor actualmente es fundamental BVerfG, *NStZ* (2004), 259 (decisión sobre lavado de dinero).

335. *BVerfGE* 34, 293, 302.

336. BVerfG, *NStZ* (1998), 363.

337. BGH, *NStZ* (1983), 503 con comentario de Beulke, con más detalle *infra* nm. 24 ss.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

2. Opiniones minoritarias

(23) La **teoría del contrato** exime al defensor de esta salvaguarda de intereses públicos y lo obliga a las instrucciones de su contratante, el mandante.[338] Esta opinión pone de relieve que la institución de la defensa no tiene su fundamento en la finalidad de asegurar una persecución penal conforme con el Estado de derecho, sino en el déficit de autonomía del imputado. De esto ya no está lejos la tesis de que el defensor solo tiene que representar un *interés de parte* y por ello, al igual que el mandante, también tendría permitido mentir.[339] Sin embargo, en última instancia, con ello no se atiende a la eficiencia de la defensa.

3. Teoría del órgano limitada

(24) Ambas situaciones, el problema de independizar el deber de decir la verdad y su desvinculación de los fundamentos legales, se encuentran en peligro. Al defensor no solo se le prohíbe el engaño, las declaraciones falsas, la falsificación de documentos y la difamación, sino sobre todo realizar actos de encubrimiento personal. Por afirmaciones falsas puede ser responsable como autor único o mediato. Si su mandante miente y el defensor interviene en ello, esto puede ser una autoría o una participación no punible en el «autofavorecimiento» no punible de su mandante. De ello se trata esencialmente, y esta cuestión todavía no ha sido suficientemente aclarada.

(25) La teoría del órgano acierta con el núcleo de su tesis en que la defensa también sirve al interés público en un proceso ordenado de conformidad con el Estado de derecho. Sin embargo, debe aplicarse de manera restrictiva. La *teoría del órgano limitada*[340] quiere acotarla al «ámbito nuclear de la efectividad de la administración de justicia». Esto debe aceptarse solo con respecto a su tendencia. Aunque a una administración de justicia penal conforme con el Estado de derecho también pertenece su «efectividad», fomentarla no es tarea de una defensa eficiente.

V. LÍMITES DE LA DEFENSA

(26) Como se acaba de exponer, los límites de la defensa proceden ante todo de disposiciones penales. La más importante es el § 258 StGB, que prohíbe aquello que el mandante en el fondo espera de su defensor, esto es, el encubrimiento personal. La delimitación entre una defensa permitida y una defensa punible es compleja, no siempre clara y desde el punto de vista dogmático (cf. *supra* nm. 24) tampoco es muy precisa. En la jurisprudencia y doctrina predomina un punto de vista casuístico.

338. LR/Lüderssen/Jahn, comentario previo a los §§ 137 nm. 33 ss.
339. Cf. Ostendorf, *NJW* (1978), 1349; AK-StPO/Stern, comentario previo al § 137 nm. 75.
340. Beulke/Swoboda (2020), nm. 150 con más referencias.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Hay encubrimiento personal cuando el defensor:

- impide la incautación de documentos incriminatorios proporcionando información falsa sobre su posesión o la ubicación de los documentos,[341]
- disuade al acusado de su decisión de confesar en el juicio oral,
- le aconseja trasladarse al extranjero (cf. también *supra* nm. 6, casos 2, 3),
- «prepara» un testigo y lo motiva para realizar una declaración falsa,[342]
- pide una absolución «debido a la inocencia comprobada» cuando sabe que el acusado es culpable.

No hay encubrimiento personal cuando el defensor

- explica las ventajas de mantenerse callado en el juicio oral,
- solicita información jurídica sobre los países que no extraditan,
- pregunta a un testigo cuál será su declaración y luego le aconseja hacer uso de su derecho de negarse a prestar testimonio,[343]
- pide una absolución «por falta de prueba» cuando sabe que el acusado es culpable.

La regla fundamental dice que el defensor no es punible cuando se sirve de medios procesales admisibles. El § 258 StGB, por ello, se remite al derecho procesal.[344] Sin embargo, este no contiene ninguna regla sobre los actos admisibles del defensor. Ello nos remite a la posición jurídica del defensor, su rol y función, cuestiones que son controvertidas (cf. *supra*). A esto se debe la falta de claridad.

VI. DEFENSA NECESARIA – DEFENSOR DE OFICIO

(27) El instituto de la defensa necesaria es una concretización del principio del Estado de derecho.[345] El interés público en una defensa efectiva muy frecuentemente hace necesaria la asistencia de un defensor. En estos casos, cuando el imputado no ha elegido un defensor, tenga mucho o poco dinero, se le proporciona uno (defensor de oficio).

1. Presupuestos

(28) Aquí solo se comentará el § 140 (otras disposiciones, de menor importancia práctica, §§ 118a, inc. 2.º; 350, inc. 2.º; 364a, b).

---

341. *BGHSt* 63, 1.
342. *BGHSt* 31, 10.
343. *BGHSt* 31, 10.
344. *BGHSt* 38, 345.
345. *BVerfGE* 46, 202, 210. A finales de 2019, el legislador implementó en el derecho de la defensa necesaria las disposiciones de la Directiva 2016/800/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, por medio de la nueva regulación del derecho de defensa necesaria de 10 de diciembre de 2019 (*BGBl.* I, 2128).

De acuerdo con el catálogo del *inc. 1.º*, la defensa es necesaria sobre todo cuando

– sea de esperar que el juicio oral en primera instancia tenga lugar ante el Tribunal Superior Estadual, el Tribunal Estadual o el Tribunal de Escabinos (n.º 1),
– al imputado se le atribuye un delito grave (n.º 2), ya en la acusación o recién en el juicio oral según una advertencia de conformidad con el § 265 o una acusación suplementaria según el § 266 (cf. *infra* § 13 nm. 9),
– el imputado debe ser llevado ante un tribunal para que se decida sobre la prisión preventiva o su internamiento provisorio (n.º 4),
– debido a una orden judicial, el imputado se encuentra en un establecimiento (n.º 5), en un establecimiento psiquiátrico, o detenido con fines de extradición, etc. (§§ 63, 64, 66 StGB).
– se haya asignado un abogado a la víctima de acuerdo con los §§ 397a, 406h inc. 2.º y 3.º (n.º 9).
– surja la necesidad de la participación de un defensor en un interrogatorio judicial pendiente (n.º 10) (véase *infra* nm. 32 para este grupo de casos).

Si la asistencia del defensor es necesaria, esta se mantiene fundamentalmente durante todo el procedimiento (§ 143 inc. 1.º).

Ejemplo: El imputado es acusado por un delito grave y solo se le condena por un delito leve. El acusado apela.[346] En principio, se mantiene el nombramiento, sin embargo, puede ser revocado en virtud del § 143 inc. 2.º, 1.ª oración, en la medida en que (ya) no exista ningún caso del n.º 1 del § 140 inc. 1.º, porque solo se ha impugnado la decisión respecto a la pena y, por lo tanto, está descartada la condena por un delito grave.

La cláusula general del *inc. 2.º, 1.ª oración*, a diferencia del inc. 1.º, concede un margen de decisión.[347] Sus cuatro presupuestos alternativos abarcan la mayoría de las causas penales excepto la criminalidad cotidiana media y pequeña.

(29) La *gravedad del hecho* se mide ante todo por la sanción, lo que (simplemente) ha sido aclarado mediante la inclusión de la gravedad de la *consecuencia jurídica prevista* como segunda alternativa en el curso de la nueva regulación del § 140.[348] En la práctica, el criterio es una expectativa de pena de aproximadamente un año de pena privativa de libertad.[349] Una opinión minoritaria considera suficiente cualquier amenaza de pena privativa de libertad.[350] En relación con la expectativa de una consecuencia jurídica también cuentan otros perjuicios graves como, por ejemplo, el retiro del permiso de conducir de un conductor profe-

---

346. OLG Oldenburg, *StV* (1995), 345, respecto a la situación jurídica anterior.
347. BGH, *NJW* (1963), 1114: «juicio conforme al deber»; BeckOK StPO/Krawczyk (2021), § 140 nm. 21, sobre la nueva regulación.
348. Cf. Claus, jurisPR-StrafR 3/2020, comentario, 1.
349. Cf., por todos, BayObLG, *NStZ* (1990), 142.
350. AK-StPO/Stern, § 140 nm. 27.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

sional, la expulsión que amenaza a un extranjero,[351] el peligro de que se revoque la condena condicional en el caso de una pena privativa de libertad breve.

(30) La complejidad de la *situación fáctica o jurídica* radica, por ejemplo, en que

- la prueba indiciaria debe ser producida con intervención de peritos,[352]
- la fiscalía apela después de una absolución,[353]
- el acusado quiere interponer casación[354] sin tener en cuenta si ello resultaría especialmente complejo,
- los debates con el fin de llegar a un acuerdo (§ 257c) son previstos por el tribunal[355]
- puede tratarse de la delimitación entre el error de tipo o de prohibición.[356]

(31) Es *evidente que el imputado no puede defenderse a sí mismo* cuando

- el acusado tiene problemas de comprensión por su condición de extranjero,[357]
- el acusado se comporta de manera incomprensible y existe el peligro de que se perjudique,[358]
- presenta características llamativas desde el punto de vista psiquiátrico.[359]

«Evidente» no significa manifiesto; es suficiente una duda considerable.

2. Nombramiento

(32) El nombramiento se realiza después de que los cargos hayan sido presentados por el presidente del tribunal en el cual se celebra el asunto (§ 142, inc. 3.º, 1.ª oración); en los casos mencionados en el § 140 inc. 1.º, n.º 4, el nombramiento es realizado por el tribunal al que debe ser llevado el acusado (§ 142 inc. 3º, n.º 2) y en los demás casos por el tribunal competente de conformidad con el § 162 inc. 1.º, 1.ª o 3.ª oración. En casos de especial urgencia, de acuerdo con la nueva regulación la fiscalía decide el nombramiento y luego obtiene la confirmación del tribunal (§ 142 inc. 4.º). En cambio, en los casos normales de

351. BayObLG, *StV* (1993), 180.
352. OLG Hamm, *StV* (1984), 66.
353. OLG Frankfurt, *StV* (1990), 12.
354. Dahs, *NStZ* (1982), 345.
355. OLG Naumburg, *NStZ* (2014), 116, con comentario crítico Wenske, *NStZ* (2014), 117; de otra opinión, OLG Bamberg, *StV* (2015), 539, con referencia al hecho de que la ley prevé la instrucción de acuerdo con el § 257c inc. 5 y no requiere fundamentalmente la participación de un abogado defensor: «Por lo tanto, no es la existencia de un acuerdo *per se*, sino solo la consideración de todas las particularidades del caso individual lo que resulta adecuado para justificar la necesidad de la participación de un abogado defensor».
356. KG, *NStZ* (2009), 55.
357. KG, *StV* (1985), 448; *BayObLG, StV* (1990), 103.
358. OLG Zweibrücken, *NStZ* (1986), 135.
359. OLG Hamm, *StV* (1984), 66.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

nombramiento de oficio, la decisión del tribunal (§ 142 inc. 3.º, n.º 1) se adopta a petición de la Fiscalía, «ama y señora del procedimiento de investigación preliminar» (§ 142 inc. 2.º),[360] que se basa en si el imputado «necesita» la asistencia de un abogado defensor.[361] La infracción de esta norma no solo reduce el valor de los medios de prueba ya obtenidos (esta es la tendencia en la jurisprudencia), sino que también da lugar a una prohibición de su valoración.

Ejemplo: El testigo principal de cargo es interrogado ante el juez de investigación en presencia del imputado (§ 168c, inc. 3.º), quien todavía no tiene defensor. Entonces debe nombrársele uno. De lo contrario, el derecho a interrogar a los testigos de cargo, garantizado en el art. 6.º III d CEDH, no resulta efectivo.[362] Esta constelación especial está (ahora) regulada en el § 140 inc. 1.º, n.º 10,[363] que implica el nombramiento de oficio.[364]

Si, por lo demás, hay un caso de defensa necesaria y el imputado, a quien se atribuye el delito, solicita el nombramiento de un defensor de oficio, se debe nombrar un abogado defensor «de inmediato» (§ 141 inc. 1.º, 1.ª oración); el nombramiento debe hacerse de oficio, dado el caso incluso contra la voluntad del acusado, «tan pronto como» se cumplan los requisitos del § 141 inc. 2.º. Sin embargo, el § 141a prevé excepciones diferenciadas entre los casos del § 141, inc. 1.º y 2.º.

Si el defensor de oficio solicitado por el imputado de conformidad con el § 141 inc. 1.º, 1.ª oración es rechazado, podrá interponer una *queja inmediata* (§ 311), de conformidad con el § 142 inc. 7.º. También se puede interponer una queja inmediata contra las confirmaciones judiciales de las decisiones de la fiscalía (§ 142 inc. 4.º) y contra las decisiones de nombramiento positivas.[365] Esto vale también en el juicio oral; el § 305 no se opone[366] y el § 238, inc. 2.º no es pertinente.[367]

3. Elección

(33) En el contexto de la decisión de nombramiento (§ 142 inc. 3.º), los deseos del imputado son en principio determinantes (§ 142 inc. 5.º). Debe tener

360. BeckOK StPO/Krawczyk (2020), § 140 nm. 5.
361. *BGHSt* 47, 172 ss.; estrictamente *BGHSt* 47, 233 ss.: la participación de un defensor es «indispensable».
362. *BGHSt* 46, 93.
363. BeckOK StPO/Krawczyk (2021), § 140 nm. 18 sobre el hecho de que el § 140 inc. 1.º, n.º 10 «ha asumido en gran medida el contenido normativo del § 141 inc. 3.º, 4.ª oración, de la versión antigua». BGH, *StraFo* (2019), 524 (525) hace una distinción en la versión antigua del § 141 inc. 3.º, 4.ª oración de la versión antigua –pero también ya explícitamente con vistas a la nueva regulación– entre el interrogatorio de los testigos y el del imputado, especialmente porque el imputado, que (todavía) no tiene un abogado defensor a su lado, podría simplemente guardar silencio.
364. *BT-Drs.* 19/3829, 34.
365. Crít. BeckOK StPO/Krawczyk (2021), § 142 nm. 48 y 55 (sobre la limitación de la protección judicial debido a la exclusión de la revisión por la presentación de una queja inmediata, § 336, 2).
366. Opinión dominante, Meyer-*Goßner/Schmitt* (2021), § 141 nm. 10a; BeckOK StPO/Krawczyk (2021), § 142 nm. 49 respecto a la nueva regulación.
367. *BGHSt 39*, 310.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

al abogado de su confianza, siempre que no haya una razón importante para lo contrario.[368] Para el abogado elegido existe, por así decirlo, obligación de contratar (liberación solo por motivo relevante, §§ 48, 49 BRAO). Si el defensor de elección renuncia al mandato (p. ej., porque el imputado no tiene más dinero), puede ser nombrado como defensor de oficio. Ello es razonable cuando está al tanto del caso y goza nuevamente de la confianza del imputado.[369]

4. Cancelación del nombramiento

(34) *a*) La cancelación del nombramiento de defensor de oficio es «posible» en el marco del § 143 inc. 2.º («puede»), cuando ya no haya motivos para una defensa necesaria (véase *supra* nm. 32). Es obligatoria (respecto al § 144, *infra* nm. 36) cuando se elige un abogado defensor (§ 143a inc. 1.º, 1.ª oración) –independientemente del nombramiento de «defensores de garantía»– en virtud del § 144 (también en relación con el § 143a inc. 1.º, 2.ª oración).

(35) *b*) La cancelación del nombramiento de un defensor de oficio (ahora) está regulada expresamente por «otro motivo» (importante) (§ 143a inc. 2.º, n.º 3, alt. 2).[370] Sobre todo porque puede tener lugar contra la voluntad del acusado,[371] aquella equivale en el resultado a la exclusión del defensor, que en el § 138a está sujeta a presupuestos especiales y regulada en forma taxativa (al respecto, *infra* nm. 39 ss.). El defensor de oficio y el de elección tienen la misma posición jurídica.[372] Por ello, el defensor de oficio no debe ser colocado a través de la definición de «motivo relevante» en una peor posición que la del defensor de elección. Por otro lado, el imputado puede retirar el mandato a su defensor de elección, pero no puede desvincularse por sí solo de su defensor de oficio. Este déficit se compensa por el hecho de que en el ya mencionado caso de cambio de defensor, el § 143 inc. 2.º, n.º 3, alt. 1, debido a consideraciones de equidad procesal (dado el caso, no compartidas por el imputado), permite el cambio de defensor en caso de una ruptura definitiva de la relación de confianza entre el imputado y el defensor de oficio.[373] Las solicitudes de cambio de defensor de oficio deben decidirse en el plazo necesario para salvaguardar los derechos a un debido proceso legal y a ser oído.[374]

---

368. BeckOK StPO/Krawczyk (2021), § 142 nm. 27.
369. OLG Frankfurt, *StV* (1985), 315.
370. BeckOK StPO/Krawczyk (2021), § 143a nm. 24. Cf. con respecto a la antigua situación jurídica, p. ej. OLG Frankfurt, *StV* (1995), 11 y detalladamente Lam/Meyer-Mews, *NJW* (2012), 177.
371. *BT-Drs*. 19/13829, 48.
372. *BGHSt* 42, 94, sobre el § 138a.
373. *BT-Drs*. 19/13829, 48.
374. BGH, *StraFo* (2020), 23 con respecto a una petición presentada inmediatamente después de la expiración del plazo de presentación de un recurso: «... deber del Tribunal Estadual de decidir oportunamente sobre la solicitud de cambio de defensor de oficio presentada inmediatamente después de la expiración del plazo de presentación de un recurso, para que el imputado pudiera haber pedido a su anterior abogado defensor que fundamentara el recurso presentado por él mismo, pudiera haber contratado a otro abogado defensor él mismo o pudiera haber expuesto los motivos del recurso para que constara en el acta de la secretaría del tribunal».

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

5. El defensor de elección junto con el defensor de oficio

(36) Esta situación, en realidad, no debe presentarse (cf. § 143a inc. 1.º, 1.ª oración). Sin embargo, la ley en el § 144, inc. 1.º prevé que junto con el defensor de elección se puedan nombrar uno o incluso dos defensores de oficio, «cuando esto sea necesario para asegurar la rápida realización del proceso, en particular debido a la magnitud o dificultad de este». La cuestión respecto a si esto es el caso se decidirá, según la voluntad del legislador,[375] sobre la base de los principios desarrollados con respecto a la legislación anterior, de modo que el nombramiento de un «defensor de garantía» viene por ejemplo en consideración, cuando se teme que el defensor de elección no pueda estar siempre presente en un juicio oral prolongado o, por ejemplo, que planee «hacer trizas» el juicio mediante su renuncia al mandato.[376] Ello puede ocurrir también en contra de la protesta del imputado o de su defensor de elección («defensor forzoso»). El defensor designado no es una suerte de «defensor sustituto» (en analogía al juez sustituto, § 192, inc. 2.º GVG), el cual solo puede desempeñar la función cuando el defensor de elección está ausente. El defensor de oficio tiene más bien los mismos derechos y ello puede conducir a que se generen graves fricciones. Por lo tanto, la imposición de un defensor oficial debe ser excepcional y reservada para casos extremos. Finalmente, el § 145 inc. 1.º, 1.ª oración prevé la designación obligatoria e inmediata de un defensor (de oficio) en caso de ausencia, etc. del defensor (de elección), siempre que el tribunal no interfiera (§ 145 inc. 1.º, 2.ª oración).

VII. PROHIBICIÓN DE DEFENSA MÚLTIPLE, § 146

(37) Un imputado puede tener hasta tres defensores (§ 137, inc. 1.º, 2.ª oración). Sin embargo, si hay identidad fáctica, un defensor solo puede defender a un imputado. Esta prohibición de defensa múltiple debe proteger al imputado frente a colisiones de intereses, lo cual podría suceder, si por ejemplo un defensor defiende a dos coautores. Para la ley es suficiente con el peligro abstracto de estos conflictos y no deja al imputado margen de acción para disponer sobre sus propios intereses

1. Identidad fáctica (1.ª oración)

Si se trata del mismo hecho en sentido procesal (§ 264), el defensor no puede defender varios imputados al mismo tiempo. Consecuentemente, esto también vale si contra ellos se conducen procedimientos por separado.[377]

375. *BT-Drs*. 19/13829, 49.
376. BeckOK StPO/Krawczyk (2021), § 144 nm. 3 con más referencias.
377. *BGHSt* 26, 291, 296.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

2. Identidad de procedimiento (2.ª oración)

Mientras los procedimientos contra varios imputados sean conexos (§ 264), el defensor solo puede defender a uno de ellos (la prohibición no vale en el caso de una conexidad para un tratamiento conjunto según el § 237, que no crea una identidad de procedimiento).[378] La inadmisibilidad de la defensa múltiple comienza con la conexidad y termina con la separación.

3. Defensa múltiple sucesiva

(38) El defensor no puede defender a los imputados simultáneamente, pero sí en forma consecutiva.[379] Sin embargo, para ello, el primero de los mandatos (no solo: el proceso) debe encontrarse jurídicamente concluido.

> **Ejemplo**: En un procedimiento contra los coautores A y B, el abogado R había defendido a A. A obtuvo sentencia definitiva y concluyó su mandato con R. B apeló y ahora fue defendido por R. Para ello, no hay objeción alguna desde el punto de vista procesal. Sin embargo, R debe evaluar la situación de los intereses entre A y B y analizar si comete el delito de traición al mandante (§ 356 StGB).[380]

4. Consecuencias jurídicas en el caso de una defensa múltiple prohibida

Si los imputados contrataron simultáneamente al abogado, todas las defensas deben ser rechazadas como inadmisibles (§ 146a).[381] Si el abogado de un imputado asume con posterioridad otra defensa infringiendo el § 146, solo esta segunda es inadmisible. [382]

VIII. INJERENCIAS EN LA LIBERTAD DE PROFESIÓN DEL DEFENSOR

1. La exclusión del defensor, §§ 138a ss.

(39) La regulación es obligatoria y taxativa. Una aplicación por analogía queda excluida (injerencia en el art. 12 GG). Otra infracción del defensor, sean hechos graves contra el ejercicio de la profesión o incluso punibles, no justifica la exclusión. El procedimiento de exclusión se lleva a cabo ante el OLG (§ 138c).

---

378. *BGHSt* 36, 248, discutido; de otra opinión, p. ej. OLG Celle, *NStZ* (2011), 236 en la medida en que según la situación «puede surgir un conflicto de intereses».
379. BGH, *NStZ* (1994), 500.
380. Cf. OLG Stuttgart, *NStZ* (1990), 542.
381. OLG Celle, *StV* (1986), 108.
382. *BGHSt* 26, 291, 297.

ISBN: 978-84-18432-78-1

DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

(40) Del § 138c, inc. 3.º, 1.ª oración se deduce que las causas y el procedimiento de exclusión despliegan un *efecto de clausura*. Según las disposiciones generales no puede intervenirse en los derechos del defensor de los §§ 147, 148.[383] Las causas de exclusión del § 138a, inc. 1.º, n.os 1 y 3, corresponden a aquellas que eliminan la prohibición de incautación, § 97, inc. 2.º, 2.ª oración (con la diferencia de que en el caso del § 138a no es suficiente la mera sospecha). Sin embargo, los derechos de los §§ 147, 148 no se suprimen ya frente a la sospecha, como indica el § 138c, inc. 3.º, 1.ª oración, sino que se suspenden recién después de una disposición respectiva del OLG.

(41) Lo mismo vale para las escuchas telefónicas según el § 100a. La interceptación de las conversaciones del defensor está prohibida por el § 148, y el § 138c, inc. 3.º, 1.ª oración constata que la preeminencia del § 148 también es válida cuando el defensor está bajo sospecha de haber cometido un encubrimiento personal (etc.) para favorecer al imputado (§ 138a, inc. 1.º, n.º 3) o de haber intervenido en el hecho precedente (§ 138a, inc. 1.º, n.º 1).[384]

2. Sospecha de lavado de dinero

(42) Quien quiere defender a un mandante que está bajo sospecha de haber cometido uno de los hechos precedentes (hechos del catálogo) del lavado de dinero (§ 261 StGB) se expone a cometer por sí mismo lavado de dinero si acepta honorarios del mandante. El consejo de rechazar el mandato y remitirlo a una defensa obligatoria es cínico y contrario a la Constitución. El BverfG puso límites razonables, interpretando el § 261 inc. 2.º, n.º 1 del Código Penal alemán conforme al art. 12 de la Constitución alemana. Según esto, el defensor solo es punible por lavado de dinero cuando tiene certeza del origen de los honorarios.[385] Desde el 2021, el § 261 inc. 1.º, n.º 4 del Código Penal alemán prevé expresamente que el defensor penal solo actúa dolosamente (con respecto a los comportamientos previstos en los núm. 3 y 4 del § 261 inc. 1.º) si al recibir los honorarios tenía un conocimiento seguro de su origen.

Esta exclusión de la ligereza y del dolo eventual también significa que para una sospecha inicial contra el defensor (que, p. ej., justificaría un registro de su

383. En contra, BGH, *NStZ* (2009), 517: la incautación de la correspondencia del defensor también es admisible cuando él mismo es imputado. El mandante estaría protegido por una prohibición de valoración.

384. Cf. Welp, *NStZ* (1986), 294, 297; otra opinión, *BGHSt* 33, 347.

385. BVerfG, *NJW* (2004), 1305, 1307 s.; *NStZ* (2005), 443 s. («El § 261 II núm. 1 StGB significa para el defensor penal una injerencia en su derecho fundamental a un ejercicio libre de la profesión [...]. El riesgo de que sea punible por lavado de dinero por recibir honorarios […] hace peligrar el derecho del defensor de aprovechar económicamente su rendimiento laboral en una medida adecuada. La injerencia en la libertad de ejercicio de la profesión del defensor penal […] requiere de una reducción conforme con la constitución y, por ello, solo está justificado desde el punto de vista del derecho constitucional cuando el defensor en el momento en que recibe los honorarios –o el anticipo de los honorarios– sabe con seguridad que ellos provienen de uno de los hechos del catálogo); Cf. también BGH, *StV* (2016), 15, 16 sobre el hecho de que en el caso concreto el § 261 inc. 1 StGB también requiere una interpretación restrictiva. Sobre este tema véase también Ambos en *Cuadernos de conferencias y artículos*, n.º 33 (2004), 51 ss. y en FS Rivacoba y Rivacoba (2004), 55-94.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

despacho) debe haber «indicios concretos» de que actuó de mala fe, esto es, que tuvo un conocimiento seguro.[386]

Casos y preguntas

60. ¿En qué estado del proceso penal puede exigir el imputado la asistencia de un defensor?
61. ¿Qué rol debe cumplir el defensor en el proceso penal?
62. ¿Qué derechos y obligaciones se tienen como defensor?
63. El defensor X quiere estar presente en el interrogatorio policial de su mandante imputado. ¿Se le puede negar la presencia?
64. Se investiga a A y B por sospecha de un homicidio conjunto. A es interrogado por el juez de investigación competente en presencia de su defensor X. Unos días después, B también es interrogado como coimputado por el juez de investigación a pedido de la fiscalía. Ni A ni su defensor son informados de la fecha de dicho interrogatorio. ¿Está permitida esa falta de información sobre el interrogatorio?
65. La fiscalía rechaza la solicitud del defensor Y referida al envío de las actas del interrogatorio judicial de su mandante imputado X. ¿Aquí es admisible la denegación de la vista de las actuaciones? ¿Qué puede hacer el defensor Y para lograr la anulación de la comunicación de la fiscalía?
66. En las actuaciones se encuentra una constancia de la fiscalía en la que se indicaba que en contra del imputado se había solicitado el dictado de una orden de detención. ¿Puede el defensor transmitir al imputado esta información que obtuvo a través de la vista de las actuaciones?
67. ¿Qué significa el principio de la completitud de las actuaciones?
68. ¿Pertenecen los protocolos policiales sobre rastros a las actuaciones en el sentido del §147, inc. 1.º?
69. ¿Puede el defensor hacer públicas circunstancias de cargo sin el consentimiento de su mandante?
70. ¿Puede el defensor mentir en interés de su mandante?
71. ¿Qué opiniones se defienden acerca de la cuestión de que el defensor es un órgano de la Administración de Justicia?
72. De conformidad con el § 140, inc. 2.º, entre otros, un defensor debe defender al imputado si debido a la gravedad del hecho la asistencia de un defensor aparece como necesaria. ¿Cómo se mide la gravedad del hecho?
73. Ante el *LG* de Múnich está pendiente un procedimiento contra el acusado K por violación en concurso ideal con lesiones corporales. En el juicio oral, el defensor de elección H solicita en nombre de su mandante acusado que se le nombre un defensor oficio. ¿Es aquí obligatorio el nombramiento de un defensor de oficio? En su caso, ¿puede el hasta entonces defensor

386. BVerfG, *NStZ* (2005), 443 s.

de elección H ser nombrado defensor de oficio de K? ¿Puede el presidente abstenerse de nombrar al deseado defensor H?

74. ¿Es admisible el nombramiento de un defensor de oficio junto a uno de elección?
75. Por decreto del presidente, se nombró al acusado el abogado X como defensor de oficio. ¿Está X obligado a asumir la defensa?
76. ¿Puede el simple deseo de un acusado respecto de un nuevo defensor de oficio conducir a una revocación del nombramiento?
77. ¿Cuántos defensores puede tener un imputado?
78. ¿Puede un defensor defender a dos coautores?

Comentarios desde la perspectiva española

I. EL ROL DEL DEFENSOR

En el proceso penal, la persona imputada goza del derecho fundamental «a la defensa y a la asistencia de letrado» (art. 24.2 CE), puesto que la Constitución establece que «se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca» (art. 17.3 CE). Se trata, por tanto, de un derecho y una garantía procesal básica a favor del imputado, de manera que no se puede celebrar el proceso sin la participación del abogado defensor.[387]

El abogado, también conocido como letrado, será el profesional que se encargue de la *defensa* del investigado o acusado. Junto con él actuará el procurador, cuya participación es requerida por ley, y que tiene como función la *representación* del procesado (art. 118.3 Lecrim). Así pues, el procurador se encargará, por ejemplo, de la presentación y recepción de escritos y demás comunicaciones que se den entre el tribunal y la parte. Los escritos que se presentan en nombre del acusado irán firmados tanto por el abogado como por el procurador.[388]

El derecho a contar con un abogado defensor nace desde el momento en que se dé la detención o la prisión provisional, o bien a partir de la formulación de la imputación por parte del JI. En esos casos se le informará al imputado sobre su condición y su derecho a nombrar un abogado defensor, que puede ser uno «de confianza» (elegido por el imputado) o «de oficio» (nombrado del turno de oficio). La participación del procurador, en cambio, no es necesaria desde el ini-

387. Existen algunas excepciones legales como sucede, por ejemplo, en los procesos por delitos leves, en los que no es preceptiva la defensa técnica.
388. El procurador es una figura tradicional en España, pero poco común en otros países. Se trata de un profesional del Derecho, miembro del Colegio de Procuradores, que actúa de forma coordinada en el abogado. El procurador debe ser nombrado a través de un poder, ya sea notarial, *apud acta* ante el letrado de la Administración de Justicia (secretario judicial), o mediante el Colegio de Procuradores en aquellos casos en que se produzca el nombramiento de oficio o a través de la asistencia jurídica gratuita.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

cio, sino que se requerirá a partir de la presentación del escrito de defensa, con el cual se contesta al escrito de acusación.[389]

II. DERECHOS Y DEBERES DEL DEFENSOR

En el ordenamiento español se considera que los titulares de los derechos y garantías procesales son los ciudadanos que figuran como partes del proceso.[390] En este sentido, algunos de los derechos que corresponden al investigado o acusado serán ejercidos en la práctica a través del defensor. Así sucede, por ejemplo, con el derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa, el derecho a actuar en el proceso para ejercer la defensa y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (arts. 118 Lecrim y 24.2 CE).

Por tanto, gran parte de las actuaciones del defensor se realizan para cumplir las garantías del imputado y para conseguir que se celebre el proceso debido. En este sentido, el defensor tiene el «derecho» y la obligación de «estar presente» –en el sentido que expone Volk– y puede solicitar al JI que se realicen actos de investigación, hará requerimientos de prueba, realizará manifestaciones, examinará las actuaciones, interpondrá recursos, se comunicará libremente con el imputado, etc.

Como derecho propio del abogado defensor podemos citar el de cobrar los honorarios correspondientes por su trabajo. Usualmente dichos honorarios serán cubiertos por el mismo imputado (o bien por alguna otra parte, por ejemplo, si la sentencia es absolutoria y se condena en costas al acusador privado), salvo cuando se haya concedido el beneficio a la asistencia jurídica gratuita, en cuyo caso el pago se realizará a cargo del Estado.

En cuanto a los deberes del defensor, podemos citar el de guardar el secreto profesional y el de actuar con diligencia para lograr que se celebre un proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas. Todas las comunicaciones entre el investigado y su abogado tienen carácter confidencial y únicamente podrán interceptarse en los supuestos excepcionales en que la Ley permita su intervención (por ejemplo, si existen indicios de que el abogado también está implicado en la comisión del delito). También se podrá restringir temporalmente la

389. La posición jurídica que ostentan los abogados en España no es de órgano de la Administración de Justicia, en sentido puro ni en sentido limitado, como sugiere Volk con relación al caso alemán. Tampoco podría entenderse únicamente como el cumplimiento de una relación contractual. Si bien es cierto que entre el abogado y el cliente existe una relación profesional de confianza, el «rol» del abogado defensor va más allá, porque su participación en el proceso penal es un requisito ineludible y, además, un derecho constitucional para el imputado, que debe ser respetado por el Estado. Se puede visualizar al abogado, entonces, como un colaborador del sistema de justicia, sin embargo, él no está vinculado funcional ni estructuralmente al Poder Judicial ni a la Administración Pública. V. Gómez Colomer y Barona Vilar (2021a, 176-183). En cambio, la posición jurídica del procurador sí podría asimilarse, a nuestro parecer, a la teoría del contrato que Volk expone como una opinión minoritaria en Alemania, ya que existe un mandato o poder que determina su nombramiento y capacidad de actuación, vinculándolo así con el cliente a quien representa.

390. Por tanto, no se considera que sean derechos del defensor, en el sentido que expresa Volk.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

comunicación entre el imputado y su defensor en los supuestos en que se decrete la prisión provisional incomunicada.

III. DEFENSA NECESARIA, DEFENSA DE OFICIO Y ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

La defensa por parte de un letrado será *necesaria* siempre que se impute a alguien la comisión de un delito, ya que se trata de un derecho constitucional, en el sentido que hemos explicado antes. El encausado podrá comunicarse y entrevistarse reservadamente con su abogado incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o el JI.

El derecho de defensa comprende la asistencia letrada de un abogado de libre designación o, en su defecto un abogado *de oficio*. Los letrados del turno de oficio son designados por los colegios de abogados y pueden actuar en los siguientes casos:

- Primero, cuando el imputado no haya nombrado a un abogado de libre elección, bien porque no conoce a ninguno o porque se haya negado a hacerlo. En estos casos, actuará como defensor un abogado del turno de oficio.
- Segundo, cuando al imputado se le haya concedido el beneficio de la asistencia jurídica gratuita, entonces se le nombrará un abogado siguiendo el turno de oficio. Igualmente, se le nombrará un procurador conforme al respectivo turno del colegio de procuradores.

La *asistencia jurídica gratuita* es un derecho constitucional (art. 119 CE) que se concede a las personas que acrediten la insuficiencia de fondos para litigar. Para estos efectos, el imputado deberá solicitar este beneficio y, tras la verificación del cumplimiento de los requisitos legales por parte de una comisión administrativa, se resolverá sobre su concesión o denegación. La asistencia jurídica gratuita abarca tanto la defensa (abogado) como la representación (procurador) gratuitas, y supone además la exención o reducción en otros costes procesales tales como la publicación de edictos, las tasas o depósitos judiciales, la asistencia pericial y la emisión de copias y actas notariales.[391]

391. Se encuentra regulada en la Ley 1/96, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita y en el Real Decreto 141/2021, de 9 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Capítulo 12. Decreto de clausura de la fiscalía

I. PANORAMA GENERAL

Constantemente la fiscalía debe examinar en sus investigaciones o en las de la policía si ellas deben de continuarse o cerrarse. Para terminar el procedimiento de investigación existen tres alternativas.

(1) En el § 170 la ley solo menciona la posibilidad del sobreseimiento del proceso (por falta de sospecha, cf. *infra* nm. 4) o de la acusación (cf. *infra* nm. 36 ss.). Ello se corresponde con el *principio de legalidad* (cf. *supra* § 6 nm. 8). Este principio obliga a la fiscalía a hacer uso de su monopolio de la acusación cuando existen «motivos suficientes para la promoción de la acción pública», esto es, sospecha suficiente (cf. *supra* § 8 nm. 3), en caso contrario, a terminar el proceso a través del sobreseimiento por falta de sospecha. Al respecto, no tiene discreción para seleccionar. Tampoco se le concede una tercera posibilidad consistente en el cierre del procedimiento de investigación. Es decir, no debe acusar toda vez que haya sospecha suficiente, sino que puede sobreseer el proceso cuando ello parezca adecuado por diferentes razones.

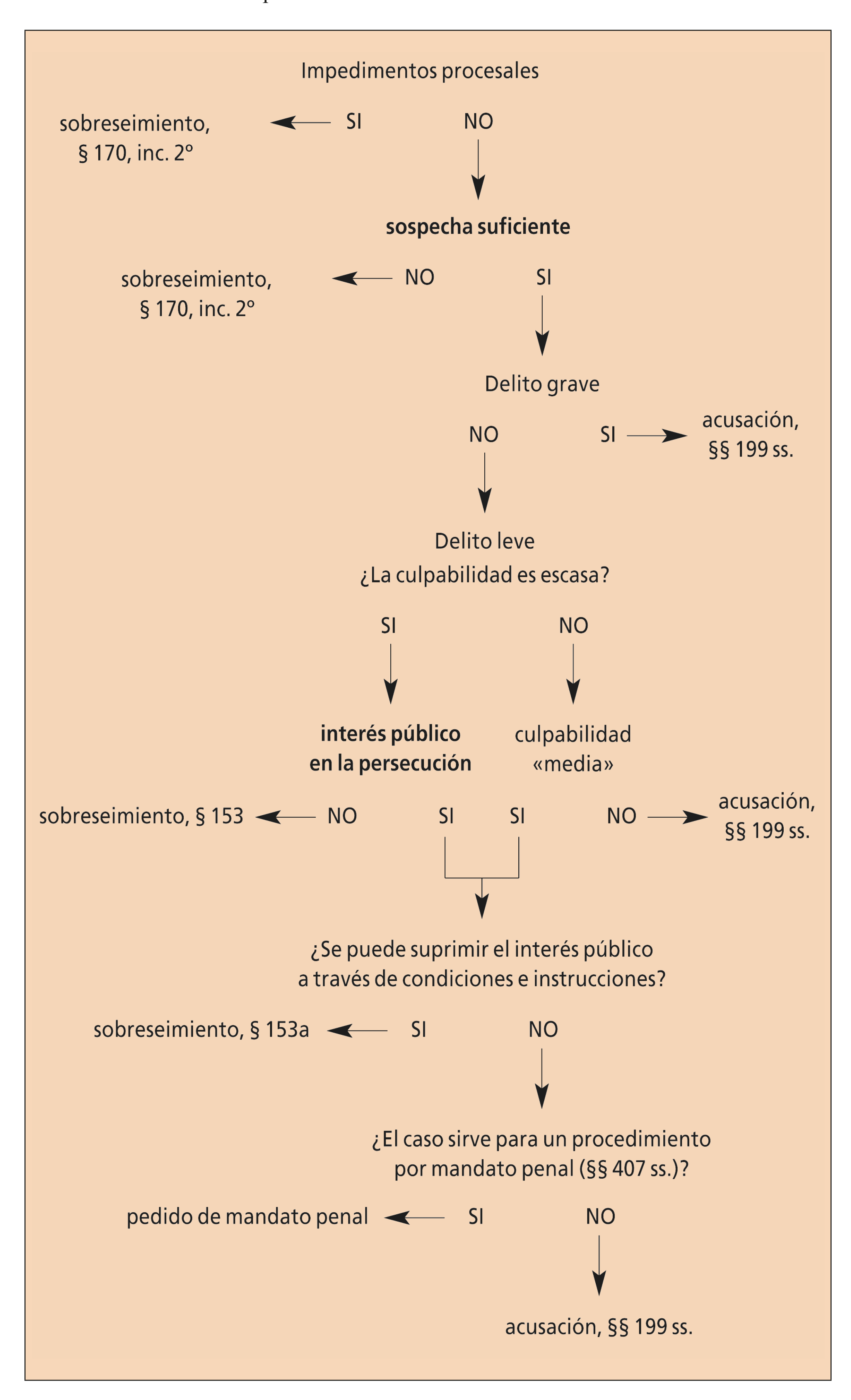
(2) Las excepciones a la obligación de perseguir se resumen bajo el concepto de *principio de oportunidad* (§§ 153 ss.; cf. *infra* nm. 13). Sin embargo, también estas opciones están ligadas a conceptos jurídicos (p. ej., «escasa culpabilidad», «interés público») y no dan carta blanca a la fiscalía. Sin embargo, el margen de apreciación es con frecuencia muy amplio. A ello se suma que la fiscalía no siempre depende del consentimiento del tribunal. Además, el imputado no puede defenderse contra esta clase de sobreseimiento[392] y forzar una acción para ver probada su inocencia (cf. *infra* nm. 10). Por ello, en el resultado no siempre es posible diferenciar nítidamente entre la adecuada apreciación realizada dentro de un margen de decisión y una decisión discrecional.

(3) El siguiente gráfico muestra en qué orden deben analizarse los puntos de vista jurídicos y qué posibilidades de decisión existen.

---

392. Sin embargo, cf. especialmente el § 153a inc. 1.º, 1.ª oración («Con el consentimiento [...] del imputado»), así como *infra* nm. 15, relativo a los requisitos de consentimiento del imputado.

Sinopsis 7: Decreto de clausura de la fiscalía



II. EL SOBRESEIMIENTO DE CONFORMIDAD CON EL § 170, INC. 2.º

1. Presupuestos

(4) El procedimiento se debe sobreseer cuando:

– no existe sospecha suficiente porque la sospecha contra un imputado determinado resultó infundada o no «suficiente», o porque el autor potencial no fue descubierto,
– no existe sospecha suficiente porque las circunstancias investigadas no indican un delito (p. ej., daño material imprudente),
– no exista interés público en el caso de delitos perseguibles a instancia de acción privada (§ 376),
– existe un impedimento procesal (cf. *infra* § 14 nm. 1 ss.).

En la primera alternativa falta el motivo suficiente para promover la acción pública por causas materiales (fácticas) o causas jurídicas.

La sospecha es suficiente cuando ha de esperarse con probabilidad una condena, esto es, con más probabilidad que una absolución. La fiscalía debe ponerse en el lugar del tribunal y realizar un pronóstico. Si para ello debe basarse en la opinión de la jurisprudencia, es una cuestión discutida (cf. *supra* § 6 nm. 12).

2. Sujeción de la fiscalía a la jurisprudencia

(5) En contra de la sujeción de la fiscalía a la jurisprudencia habla

– la independencia de la fiscalía con respecto a los tribunales (§ 150 GVG),
– el deber de la fiscalía como órgano de la Administración de Justicia de buscar la verdad y la justicia con objetividad.

A favor de ello habla

– el deber de perseguir conductas punibles (principio de legalidad, § 152, inc. 2.º),
– el principio de división de poderes,
– el monopolio de la jurisprudencia por parte de los tribunales (art. 92 GG).

Si la fiscalía, como presupuesto de su deber de acusar, tuviera permitido decidir según su propio parecer acerca de la punibilidad de un comportamiento, llegarían al tribunal casos que ella, a diferencia de la jurisprudencia, considera punibles, con la consecuencia de que el imputado tendría que tolerar el juicio oral, a pesar de que ha de esperarse una absolución. Esto no afecta ninguno de los principios mencionados anteriormente. Pero la fiscalía podría también evitar

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

condenas a las que llegarían los tribunales si ella, según su opinión jurídica divergente, omitiera una acusación. Con ello, en el resultado la fiscalía ejercería un poder judicial y sobrepasaría el rol que se le asigna con la separación del juzgador y acusador. Por lo tanto, ha de estar vinculada a la interpretación jurídica de los tribunales cuando esta posición jurídica sea uniforme o defendida por los tribunales superiores.[393]

3. Notificación al imputado

(6) El imputado siempre debería ser notificado, debido a su posición como sujeto del proceso; sin embargo, ello no está prescrito por la ley en todos los casos (§ 170, inc. 2.º, 2.ª oración; cf. ya *supra* § 9 nm. 3). La notificación solo debe ser fundamentada si se ha establecido que el imputado es inocente o que ha cesado la sospecha en su contra (RiStBV n.º 88).

4. Cosa juzgada

(7) El sobreseimiento no produce efectos de cosa juzgada. Las investigaciones pueden ser retomadas sin más.

5. Comunicación al requirente, § 171

(8) Quien hizo reconocible su voluntad de poner en marcha la persecución penal con una denuncia penal (con respecto al concepto de instancia de persecución penal cf. *supra* § 8 nm. 7) debe recibir una notificación fundada (§ 171, 1.ª oración).

Si el requirente es a la vez el ofendido, se lo instruye de que puede interponer una queja formal (§ 171, 2.ª oración).

III. PROCEDIMIENTO PARA COMPELER A LA PROMOCIÓN DE LA ACCIÓN PÚBLICA, §§ 172 SS.

1. Fin y ámbito de aplicación

(9) En este procedimiento –raramente impulsado y aún más raramente terminado con éxito– el ofendido puede conseguir que la fiscalía sea obligada por el tribunal a promover la acusación.[394] No se encuentra a disposición para aquellos delitos en los que el monopolio de la acusación de la fiscalía es quebrantado y

393. *BGHSt* 15, 155; de otra opinión, LR/Graalmann-Scherer, § 170 nm. 26 s.
394. Cf. Küpper, *Jura* (1989), 281 ss.

el ofendido puede por sí mismo asumir el rol de aquélla como acusador privado (§§ 374 ss.; 172, inc. 2.º, 3.ª oración).

(10) El objetivo del procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública es el aseguramiento del principio de legalidad. No existe motivo para ello si la fiscalía ha dispuesto el sobreseimiento según el *principio de oportunidad* (§ 172, inc. 2.º, 3.ª oración). ¿Pero qué sucede si el ofendido hace valer que ello no debería haber sucedido?

> **Caso 1:** La fiscalía condujo un proceso por hurto y lo cerró con un sobreseimiento según el § 153a. El afectado alegó que hubo atraco y robo.

Un sobreseimiento según el § 153a no es posible en el caso de un delito grave. Con el procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública puede controlarse si la fiscalía observó los límites del principio de oportunidad, pero no cómo decidió dentro del ámbito de validez de este principio. Si la fiscalía también examinó si hubo un atraco y negó el robo, un procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública es posible. Pero si el punto de vista fáctico es nuevo para ella, primero debe tener oportunidad de retomar la investigación.

2. El procedimiento

El procedimiento se desarrolla en tres etapas:

(11) *a*) La Fiscalía sobreseyó el procedimiento de investigación de conformidad con el § 170 y se le hizo saber esto mediante notificación formal al solicitante, que a su vez es el ofendido.

b) El solicitante interpone queja ante el fiscal general (cf. *supra* § 6 nm. 2, no ante el fiscal superior director que conduce la investigación) y en dicha queja aclara que quiere objetar la conducta errónea en la «siguiente instancia» y no solo con un recurso jerárquico. Si la Fiscalía no pone remedio a la queja y el fiscal general considera adecuado el sobreseimiento, devuelve la queja con una comunicación negativa (§ 172, inc. 2.º).

c) Ahora, el ofendido solicita a través de un abogado una decisión judicial ante el OLG (§ 172, inc. 2.º, 3.º y 4.º). Allí decide una Sala Penal, la cual rechaza la solicitud (§ 174) o resuelve la «promoción de la acción pública» (§ 175, 1.ª oración). La Fiscalía se encuentra vinculada a esta decisión y no puede eludirla a través de un sobreseimiento según el principio de oportunidad. El OLG también puede instruir a la Fiscalía que retome las investigaciones cuando haya prescindido de ellas por un error jurídico (cf. *supra* caso 1).[395]

---

395. KG, *NStZ* (1990), 356; *Rieß*, *NStZ* (1990), 10.

3. El ofendido

(12) En relación con el concepto de ofendido, utilizado en diferentes lugares de la StPO (cf. §§ 22, núm. 1; 68a inc. 2.º; 374, inc. 1.º; 403), lo decisivo es la finalidad de la disposición. Aquí, en el caso del § 172, ha de interpretarse ampliamente, ya que debe protegerse el principio de legalidad y controlarse su aplicación por la Fiscalía. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la StPO no quiso establecer un «procedimiento popular para compeler a la promoción de la acción pública».[396]

Ofendido es quien a través del hecho (suponiendo que se cometió) resulta directamente perjudicado en sus derechos o intereses jurídicamente reconocidos.[397] Este principio es precisado por la teoría sobre la finalidad de protección de la norma.[398] Según esta teoría son *ofendidos*, por ejemplo,

- en caso de hurto, el propietario y quien tiene la custodia,
- en caso de estafa, el perjudicado y quien resultó engañado,
- los padres de un niño asesinado (cf. § 395, inc. 2.º, n.º 1),
- una parte del proceso cuya posición fue agravada por una declaración falsa (¡delito de peligro!).[399]

No cuentan como ofendidos:

- quien solo fue indirectamente afectado como, por ejemplo, el apoderado de una sociedad de responsabilidad limitada perjudicada que participa en la ganancia;[400]
- los padres de un menor de edad abusado sexualmente;[401]
- el interviniente en el hecho;[402]
- el afectado, cuando la norma lesionada protege el interés general, por ejemplo, el contribuyente indignado a causa de una administración desleal en el servicio público;[403]
- las autoridades, por ejemplo, la autoridad para protección de la naturaleza en caso de violaciones a la Ley de protección de la naturaleza,[404] porque no es asunto suyo velar por el cumplimiento del principio de legalidad;
- las asociaciones de intereses como, por ejemplo, la asociación de los Sinti y Roma en caso de incitación al odio contra el pueblo.[405]

---

396. KK-StPO/Moldenhauer, § 172 nm. 18. V. en este contexto, OLG Karlsruhe, *NJW* (2019), 2950 sobre la falta (a pesar de la existencia de daño patrimonial) del carácter de ofendido de una entidad pública (municipio o asociación de saneamiento y alcantarillado) con respecto a (supuestos) delitos según el § 326 StGB.
397. Opinión dominante, cf., p. ej., OLG Hamm, *NStZ* (1986), 327.
398. Frisch, *JZ* (1974), 7.
399. OLG Bremen, *NStZ* 1988, 39.
400. *BGHSt* 1, 298.
401. OLG Stuttgart, *NStZ-RR* (2012), 116.
402. OLG Hamburg, *NJW* (1980), 848.
403. Cf. OLG Köln, MDR (1952), 568. V. también el ejemplo en la nota al pie 5.
404. OLG Celle, MDR (1967), 515.
405. OLG Karlsruhe, *NJW* (1986), 1276.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

IV. EL SOBRESEIMIENTO SEGÚN EL §§ 153 SS.

1. El principio de oportunidad

(13) La denominación es desafortunada. No se trata de excepciones dudosas al «sublime» principio de legalidad que permitiría a la fiscalía ejercer una discrecionalidad y decidir los casos de una u otra forma según la conveniencia. Teniendo en cuenta los escasos recursos, la fiscalía no puede perseguir cada sospecha de un delito con la misma intensidad. Es legítimo establecer prioridades. Los grandes procesos penales por delitos económicos cuestan tiempo y comprometen personal, y más aún cuando se trata de «asuntos» generalizados (palabras claves de los últimos tiempos: corrupción, evasión fiscal). El principio de oportunidad permite a la fiscalía tomar una decisión jurídica (v. *supra* nm. 2) que la ayuda a concentrarse en lo relevante (sin embargo, no debe desconocerse que aquí la fiscalía necesariamente realiza por sí misma una política jurídica no delineada por el parlamento).

(14) En líneas generales, las posibilidades que ofrece el principio de oportunidad se reducen a cuatro ideas fundamentales.

1. En casos de escasa culpabilidad la pena no es adecuada («*minima non curat praetor*»). El derecho penal material pregunta únicamente si están «dados» los presupuestos de la punibilidad, sin embargo, no los pondera en un concepto material del delito. Esta necesaria corrección es dejada al derecho procesal.

   Ejemplo: El testigo quiere aparentar ser de alto nivel e informa que mientras compraba en el quiosco de la estación de tren el diario *Welt am Sonntag* vio como […]. Sin embargo, en realidad se trataba del diario *Bild am Sonntag*.

   Se trata de un caso de falso testimonio, § 153 StGB; debería sobreseerse de conformidad con el § 153 (StPO).
2. La sanción más leve del derecho material es demasiado alta. Existen casos que, por un lado, no pueden ser sobreseídos sin consecuencias, pero para los cuales, por otro lado, una multa (= antecedente penal) sería demasiado. Esta laguna en el sistema debería cerrarla el § 153a.
3. Perseguir todos los aspectos de un comportamiento punible y todo el suceso fáctico, como manda el principio de legalidad, en muchas ocasiones no vale la pena, porque ya concentrándose en algunos delitos o sucesos se puede esperar una pena «justa» (§§ 154, 154a).

   Ejemplo: Para la medida de la pena no tiene (gran) importancia si el acusado es condenado por acuerdos fraudulentos en la construcción en cincuenta o sesenta casos. Tanto para el acusado como para el Estado, del cálculo costo-beneficio resulta que se prefiera un proceso manejable y expedito.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

4. En algunos casos una persecución penal ocasionaría más perjuicios que beneficios.
   § 154c: El extorsionado no debe abstenerse por temor de denunciar y declarar contra el extorsionador.
   § 153d: En caso de delitos contra la seguridad del Estado la persecución penal puede ocasionar más perjuicios que el hecho.

(15) De estas posibilidades no solo puede hacer uso la fiscalía. En muchos casos (¡no todos!) también están a disposición del tribunal después de la promoción de la acción. Con ello, la ley alcanza un control y balance de los intereses. El tribunal asegura el principio de legalidad, cuando su consentimiento es necesario. Si se requiere el consentimiento del inculpado (§§ 153 inc. 2º, 153a inc. 2º, 153b inc. 2º), éste puede negarse y perseguir su intención de ser absuelto.

Solo se mencionan detalladamente las disposiciones más importantes (las «leyes complementarias» en materia penal contienen más posibilidades de sobreseimiento, por ejemplo, § 31a BtMG [escasa cantidad, intención de consumo propio], § 37 BtMG [terapia en lugar de la persecución penal]).

2. §153

El proceso ha de sobreseerse (a pesar de que el texto dice «puede», no es una decisión discrecional, cf. *supra* nm. 2) cuando en caso de un *delito leve* «la culpabilidad de un autor se considere escasa y no existe un interés público en la persecución» (inc. 1.º, 1.ª oración).

(16) *a*) La escasa culpabilidad no debe ser determinada, sino solamente pronosticada. Si ella es improbable, falta la sospecha suficiente y el proceso ha de terminarse de conformidad con el § 170, inc. 2.º. Si ella es probable, la fiscalía no tiene que investigar, como mandaría el principio de legalidad. En el medio existe una zona de sospecha menor, que la fiscalía posiblemente podría convertir en sospecha suficiente con investigaciones adicionales. En ambos casos debe realizarse un «proceso corto» y sobreseer el proceso según el § 153. El imputado no puede exigir que se prosiga con la investigación del caso para desvirtuar la sospecha. Para él, por cierto, el sobreseimiento según el § 170, inc. 2.º resulta más «honroso», pero no más favorable con respecto a la consecuencia jurídica.

(17) *b*) No es del todo claro cuándo el interés público en una persecución penal se opone al sobreseimiento. Puede deberse a motivos de prevención general o especial. Sin embargo, basarse en la persona del autor o en su actitud frente al derecho (antecedentes penales, desobediencia a la autoridad pública, etc.), conduce la mayoría de las veces a un derecho penal de la actitud interna, a menos que tales aspectos hablen a favor de la peligrosidad del autor. Pertenecen a los intereses legítimos de la generalidad su necesidad de seguridad, el interés en el esclarecimiento de un hecho que haya provocado resonancia, la protección del ofendido. En la discusión acerca de si en casos de una criminalidad cotidiana

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

masiva (viajeros sin billete, hurtos en tiendas) un sobreseimiento según el § 153 resulta una reacción razonable o una capitulación, reina el «desconcierto».[406]

(18) *c*) Si la fiscalía sobresee el proceso (§153, inc. 1.º), necesita el consentimiento del tribunal, a menos que se trate de un delito leve, cuya escala penal comienza con la pena mínima (§§ 38, 40 StGB), y en cuyo caso las consecuencias del hecho son leves (en el caso de delitos patrimoniales hasta aproximadamente € 50). El imputado, sin embargo, no tiene que estar de acuerdo y ni siquiera debe ser escuchado (el consentimiento del tribunal solo es una manifestación procesal interna y no una decisión en el sentido del § 33, inc. 2.º). La situación es diferente cuando el tribunal decide el sobreseimiento (§153, inc. 2.º). El inculpado puede negarse a dar su consentimiento y pelear por una absolución, pero entonces corre también el riesgo de ser condenado.

(19) *d*) Contra el sobreseimiento de la fiscalía no hay medios de impugnación. Si decidió el tribunal (§153, inc. 2.º), este auto no puede impugnarse con una queja (inc. 2.º, 4.ª oración), a menos que en verdad exista un delito grave o no se haya contado con el consentimiento de la fiscalía o del imputado.

(20) *e*) Si la fiscalía dispuso el sobreseimiento, puede retomar la persecución si existen motivos materiales para ello. No se genera una cosa juzgada.

(21) El efecto de cosa juzgada del auto del tribunal de conformidad con el inc. 2.º no está regulado y es muy discutido. Únicamente es seguro que es *limitado*. Se puede admitir un nuevo procedimiento cuando:

- sean conocidos nuevos hechos o medios de prueba (se rechaza una aplicación analógica del § 211), o
- que estos hablen en favor de algo más que solo una culpabilidad escasa o un interés público en la persecución penal.[407] En términos más precisos:
- que estos fundamenten una punibilidad elevada bajo otros puntos de vista jurídicos,[408] o
- que estos den lugar a la sospecha de un delito grave (analógicamente § 153a, inc. 1.º, 5.ª oración).[409]

En contra de lo último se objeta (como también aquí) que el autor, en el caso del § 153a, por lo menos se mostró dispuesto a la sanción y realizó prestaciones, por lo cual merecería una protección elevada.[410] Sin embargo, si el caso era tal que ni siquiera las sanciones leves parecían adecuadas y, por tanto, se procedió según el § 153, esto no puede dirigirse contra el imputado.

406. KK/Schoreit (2008), § 153 nm. 26.
407. Roxin/Schünemann (2017), § 14 nm. 26.
408. Con respecto a esta opinión, cf. Meyer- Goßner/Schmitt (2021), § 153 nm. 38.
409. Decisión fundamental BGH, *NStZ* (2004), 218.
410. Beulke/Swoboda (2020), nm. 336; cf. aún SK-StPO/Weßlau/Dieters, § 153 nm. 57.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

3. § 153a

(22) Este procedimiento de conclusión simplificado se diferenciaba originariamente (1974) del sobreseimiento del § 153 solamente por la existencia de un interés público en la persecución penal, pero que podía extinguirse o eliminarse mediante prestaciones del imputado. A pesar de toda la crítica («compra libre del proceso», «parágrafo del millonario») fue extendido por la jurisprudencia más allá del ámbito de la criminalidad media. El legislador lo ha tolerado. Actualmente, el § 153a incluso se puede aplicar cuando «la gravedad de la culpabilidad no se opone».

El objetivo de la disposición es ante todo la celeridad del proceso. En el ámbito de la criminalidad económica desempeña un papel relevante el procedimiento mediante el cual se elude la complejidad del proceso y se exigen (fiscalía), ofrecen (defensa) y aceptan (tribunal) mayores condiciones monetarias.

(23) El efecto de la disposición es una descriminalización. Las condiciones (inc. 1.º, n.º 1-3; cf. § 56b, inc. 1.º StGB) e instrucciones (n.º 4; cf. § 56c, inc. 2.º, n. 5 StGB; n.º 5,[411] n.º 6[412]; n.º 7[413]) son sanciones sin carácter penal. Las decisiones según el § 153a no son registradas en el Registro Central Federal (a diferencia de las condenas a una pena). Aquí, el «límite mágico» es de 90 días de multa o tres meses de pena privativa de libertad. Si la pena no es mayor, es registrada en el Registro Central Federal, pero no es incluida en el certificado de antecedentes; la condena no debe ser mencionada como un antecedente penal [§ 32, inc. 2.º, n.º 5 BZRG, sobre la restricción de la información a las autoridades § 41 BZRG].

(24) *a*) Los presupuestos son en todos los aspectos diferentes a los del § 153 (dejando de lado que también el §153 solo entra en consideración en el caso de delitos leves).

La gravedad de la culpabilidad (solamente) no debe oponerse. Aquí, la medida de la culpabilidad (como en el caso del § 153) tampoco debe estar determinada, pero debe ser tan clara como para que exista sospecha suficiente (no requerida en el caso del § 153).

Si existe un *interés público en la persecución penal*, se excluye el § 153, mientras que el § 153a es aplicable cuando este interés se puede eliminar a través de prestaciones de acuerdo con el inc. 1.º, n. 1-7. En la práctica, por lo general, consisten en el pago de dinero a instituciones de beneficencia pública.

(25) *b*) El consentimiento del imputado siempre es requerido –debe «someterse»–; el del tribunal solamente no se exige cuando el delito leve es insignificante (inc. 1.º, 7.ª oración en relación con § 153, inc. 1.º, 2.ª oración).

Después de la promoción de la acción el poder de sobreseer recae en el tribunal de primera instancia o en el del procedimiento de apelación (§153, inc. 2.º). Mediante la ley del 17 de agosto de 2017 fue eliminado del § 153a inc. 2.º, 1.ª oración el siguiente pasaje: «hasta el final de la audiencia de juicio oral, en

---

411. Compensación entre autor y víctima, §§ 155a, b; § 46a StGB; no en contra de la voluntad del ofendido; § 155a, inc. 1.º, 3.ª oración.
412. Curso de formación social.
413. Curso de capacitación.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

la que las constataciones fácticas pueden ser examinadas por última vez», con la consecuencia que ahora también el Tribunal de Casación tiene la posibilidad de disponer el sobreseimiento bajo condiciones.[414] En todos los casos del § 153a inc. 2.º es necesario el consentimiento de la fiscalía y del inculpado o acusado.

(26) *c*) El procedimiento tiene dos etapas. Con el sobreseimiento provisional se impone una condición y se establece un plazo para su cumplimiento (inc. 1.º, 1.ª-3.ª oraciones).[415] Luego tiene lugar el sobreseimiento definitivo. Es dispuesto por la fiscalía y decidido por el tribunal (inc. 2.º, 2.ª y 3.ª oraciones).

(27) *d*) El sobreseimiento definitivo origina un impedimento procesal. Ahora, el hecho ya no puede ser perseguido como delito leve (inc. 1.º, 5.ª oración). Este efecto de cosa juzgada limitado no abarca el caso de que posteriormente el hecho constituya un delito grave (incluso en el caso de que la situación fáctica o probatoria no varíe).[416]

4. §§ 154, 154a

(28) Estas disposiciones sirven a la celeridad del procedimiento a través de la renuncia parcial a la persecución penal.

a) Se diferencian en los presupuestos:

– el § 154 presupone *varios hechos* en sentido procesal (§ 264, con más detalle *infra* 13)

Ejemplo: defraudación tributaria por los periodos de 2017 y 2018.

– el § 154a se refiere a partes de *un hecho* que pueden separarse

Ejemplo: dos de cinco puntos en los que el testigo declaró falsamente durante su interrogatorio.

o bien, en el caso de un hecho (§ 264), a una de varias violaciones de la ley (§ 52 StGB).

Ejemplo: violación de domicilio o daños materiales en caso de hurto con fractura (§ 244, inc. 1.º, n.º 3 StGB).

(29) Se regula *simultáneamente* que el conjunto (o bien, el tipo) excluido no debe tener una importancia considerable (§§ 154, inc. 1.º, n.º 1; 154a, inc. 1.º, 1.ª oración) al lado de la pena esperada por el otro hecho (partes del hecho, tipos).

---

414. Cf. *BGHR* StPO § 153a inc. 2.º, punto 1 (Motivos).
415. En el caso de una compensación entre autor y víctima no puede controlarse el resultado, sino solamente el esfuerzo.
416. Cf. Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 153 nm. 52.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Pero incluso, cuando este sea el caso, es decir, cuando la disminución de la consecuencia jurídica resulte considerable, se puede renunciar a la persecución penal (§ 154, inc. 1.º, n.º 2: «más allá»; remisión en § 154a, inc. 1.º, 2.ª oración). Al respecto, tan solo se presupone que no se ha de esperar una sentencia por este reproche en un «plazo de tiempo razonable» y que la pena para las partes a las que se ha limitado la materia «aparezca suficiente».

(30) La limitación del procedimiento puede revocarse. Aquí ha de diferenciarse si un hecho no fue perseguido provisoriamente (§ 154) o si fueron separadas partes de un hecho (§ 154a). Además, depende de si la decisión había sido tomada por el tribunal o la Fiscalía.

(31) *b*) Reanudación del procedimiento, § 154

aa) La fiscalía puede prescindir de la persecución de un hecho (§ 154, inc. 1.º) y revisar en todo momento esta decisión. Las reglas en los incs. 3.º y 4.º del § 154 contienen para ella solamente directivas, pero ninguna limitación. Valen únicamente para un sobreseimiento por el tribunal.[417]

> **Caso 2:** La fiscalía ha investigado por retención de contribuciones a la seguridad social (§ 266a StGB) y defraudación tributaria del salario (§ 370 AO), ha presentado acusación por el primer hecho y sobreseído por el segundo de conformidad con el § 154. El acusado ha sido condenado a una multa y ha apelado. La fiscalía promete que la defraudación tributaria no seguirá siendo perseguida. Como consecuencia de ello, el acusado retira su apelación y paga la multa. Cuatro meses después, la fiscalía acusa por defraudación tributaria.

La fiscalía no está impedida de presentar dicha acusación ni por el plazo del § 154 inc. 4.º ni por su promesa. Sin embargo, ella no se ha comportado de manera leal. La violación al principio de lealtad (cf. § 18 nm. 9) no fundamenta un impedimento procesal (al respecto *infra* § 14 nm. 30), pero debe repercutir drásticamente como disminución de la pena.[418]

La fiscalía no necesita el consentimiento del tribunal para el sobreseimiento de conformidad con el § 154. Sin embargo, el tribunal tampoco puede incluir el hecho que fue excluido (en el caso: defraudación tributaria), porque falta la acusación.

(32) *bb*) Si el tribunal sobreseyó el proceso por un hecho a pedido de la fiscalía de conformidad con el inc. 2.°, este no se considera provisorio, sino definitivo, debido a que con ello concluye la «litispendencia» en el tribunal.[419] Para reanudar el proceso es necesario ahora un auto formal (inc. 3.º-5.º).

c) Reinclusión de violaciones de la ley o partes del hecho excluidas, § 154a

(33) En el caso de un sobreseimiento según el § 154a, todo el hecho se mantiene como objeto de la acusación y de la sentencia (§§ 155, 264). El concepto y el alcance del hecho no son disponibles para la fiscalía. El tribunal puede realizar en todo momento una limitación (§ 154a, inc. 2.º) y volver a levantarla (§ 154a, inc. 3.º).

---

417. *BGHSt* 30, 165; BGH, *NStZ* (1986), 469.
418. Cf. *BGHSt* 37, 10.
419. *BGHSt* 30, 197; OLG Frankfurt, *NStZ* (1988), 328 con comentario de Dörr/Taschke.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

(34) *d*) Con respecto a la cuestión acerca de si los hechos y delitos excluidos de conformidad con los §§ 154, 154a deben ser considerados para agravar la pena, la jurisprudencia es dudosa.

> **Caso 3:** La fiscalía había interpuesto acusación contra el acusado por dos robos cometidos en A y B. Al comienzo del juicio oral, el procedimiento se limitó al suceso en A (§ 154, inc. 2.º). El acusado confesó también el atraco en B. El tribunal lo valoró como un agravamiento de la pena.

El *BGH* considera que ello es admisible cuando el acusado fue advertido de la posibilidad de considerar los hechos excluidos en la determinación de la pena y el suceso fáctico se constató de conformidad con el ordenamiento procesal.[420] La base de la confianza lograda a través del sobreseimiento es afectada por la advertencia (también el BGH excluye su consideración cuando el acusado, de acuerdo con la marcha del juicio oral, pudo confiar en que ella no tendría lugar).[421] Sin embargo, persiste la objeción de que el Estado no debería «hacérsela fácil» por un lado y gravar al acusado por el otro.[422]

5. Testigos de la corona

(35) Cuando un partícipe del hecho se presenta como testigo de cargo para la acusación (la cual, en el procedimiento penal inglés representa la corona) se le asegura que no se lo acusará o que se le aplicará una pena más leve. Ello no es conciliable con el principio de legalidad y, aún peor, constutuye una medida de política criminal dudosa.[423] Actualmente, regulaciones de este tipo (para ámbitos específicos) se encuentran en el § 31 BtMG;[424] elementos de una solución basada en testigos de la corona, en el § 129, inc. 7.º, n.º 2 StGB. El § 46b StGB contiene bajo el título «Ayuda para el esclarecimiento o evitación de hechos punibles graves» (es decir, los mencionados en el § 100a, inc. 2.º) una regulación general para testigos de la corona.

Las fiscalías deben resistir la tentación de obtener «testigos de la corona *praeter legem*» a través de una aplicación extensiva del § 154, que ya no se corresponde con la finalidad de la regulación.[425]

---

420. BGH, *NStZ* (1998), 51 con respecto al § 154; *BGHSt* 30, 165 con respecto al § 154a; BGH, *NStZ* (1994), 195, considerado en el momento de la producción probatoria; de forma exhaustiva y crítica Beulke/Stoffer, *StV* (2011), 442.
421. BGH, *NStZ* (1996), 611; no hay un deber de advertir cuando «no existe el peligro de un malentendido –un tipo de confianza–», BGH, *NStZ* (2004), 277.
422. Cf. con más detalle AK-StPO/Schöch, § 154a nm. 30.
423. Para un estudio (crítico) reciente véase Ambos, *ZStW* 132 (2020), 24-55; en español: *Revista General de Derecho Procesal* 51 (2020), 1-40.
424. Cf. Kempf, *StV* (1999), 67.
425. Cf. Volk, *NJW* (1996), 879.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

V. LA ACUSACIÓN

1. Clases

(36) En el § 170, inc. 1.º se menciona que la «acción pública» será promovida a través de la presentación de un escrito de acusación (con respecto a la forma y contenido, §§ 199, inc. 2.º; 200; cf. *infra* nm. 37). Siguiendo el principio de que el juez solo debe ocuparse y decidir respecto de un caso cuando se haya interpuesto una acusación, se prevén formas especiales de interposición de la acusación, en clases especiales de procedimientos, por ejemplo, el pedido de una orden de mandato penal (§ 407, inc. 1.º, 4.ª oración) y el pedido de enjuiciamiento en el procedimiento acelerado (§ 417). Anteriormente, la investigación judicial preliminar estaba regulada en los §§178-197. En Alemania ya no existe el «juez de instrucción» que controla las investigaciones de la fiscalía antes de que el caso llegue al tribunal.

2. Contenido

(37). En el juicio oral solo es leída la hipótesis acusatoria (§§ 200, inc. 1.º, 1.ª oración; 243, inc. 3.º, 1.ª oración). Los escabinos no conocen las actuaciones. No deben estar influenciados por el resultado esencial de las investigaciones (§ 200, inc. 2.º, 1.ª oración) que le es comunicado desde la perspectiva de la Fiscalía.

3. Función

(38) *a*) El escrito de acusación saca al imputado de la duda sobre la dirección en la cual la fiscalía lo ha investigado y qué le reprocha. Tiene una función de información. El inculpado (como ahora lo llama el § 157) puede conocer en qué situación se encuentra, ante todo a partir del resultado esencial de la investigación.

(39) *b*) La acusación describe «el hecho que se le imputa» (con más detalle al respecto *infra* 13). Con ello se determina el objeto procesal, esto es, el suceso fáctico que ha de ser investigado por el tribunal y sobre el cual debe decidir (§§ 155, 264). Esta función de delimitación es esencial.[426] Por consiguiente, en el caso de los delitos en serie (por ejemplo, el abuso sexual continuado en detrimento de la misma víctima) es necesario especificar (por lo menos) un número máximo de delitos en un determinado plazo y describir las principales características del suceso.[427]

426. *BGHSt* 40, 390, 392.
427. BGH, *NStZ-RR* (2018), 291 L; en general, véase Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 200 nm. 9 con referencias adicionales y respecto a otros ámbitos del delito.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

(40) *c*) Una acusación eficaz es un presupuesto del proceso (cf. *infra* § 14 nm. 22). Es ineficaz cuando no cumple con la función de delimitación.[428] El tribunal entonces debe rechazar la apertura del procedimiento principal (§ 204) o, cuando el defecto es descubierto recién con posterioridad, sobreseer el proceso (§ 206a). Otros defectos (p. ej., respecto de la función de información) pueden ser subsanados por el tribunal.

(41) *d*) Con la acusación el asunto está pendiente ante el tribunal, pero aún no funda la *litispendencia*.[429] La fiscalía puede modificar o desistir de la acusación hasta la apertura del procedimiento principal (§ 156). Posteriormente, la acusación es «inalterable» para la fiscalía (la expresión, aún escasamente empleada: principio de irretractabilidad). Recién con el auto de apertura el dominio del procedimiento pasa al tribunal.

4. Destinatario

(42) La fiscalía señala en el escrito de acusación «el tribunal ante el cual debe tener lugar el juicio oral» (§ 200, inc. 1.º, 2.ª oración). El principio del juez establecido por la ley no le permite elegir. Sin embargo, cuando es competente el Tribunal Municipal, podrá «interponer acusación ante el Tribunal Estadual en razón de la necesidad especial de protección de los ofendidos por el delito que pueden ser considerados como testigos, la dimensión o la relevancia especial del caso», (§§ 24, inc. 1.º, n.º 3; 74, inc. 1.º, 2.ª oración GVG). De esta forma, la fiscalía decide a la vez sobre la vía recursiva (para que resuelva el OLG sobre la apelación y la casación o el *BGH* sobre la casación).

Una causa tiene una especial importancia cuando se destaca del conjunto de causas penales promedio por motivos fácticos o jurídicos.[430] Este no debe ser solamente el caso cuando la violación del derecho es grande o la repercusión del hecho es grave, sino también cuando el imputado o la víctima son famosos, cuando los medios siguen la causa con gran interés[431] (Greenpeace contra Castor-Transporte) o cuando existe una necesidad especial de que una cuestión jurídica fundamental, que se plantea con frecuencia, sea aclarada por el BGH (permiso de trabajo y salario tarifado para trabajadores fronterizos).[432]

En el caso de causas que se tramitan ante la Cámara de Protección del Estado del Tribunal Estadual (§ 74a GVG), el procurador general federal puede asignar una «especial importancia» a un asunto, asumir la persecución y con ello hacer que el OLG sea competente para la primera instancia (§ 120, inc. 2.º, n.º

---

428. BGH, *NStZ* (2006), 649.
429. Opinión dominante; de otra opinión Roxin/Schünemann (2017), § 40 nm. 10.
430. OLG Düsseldorf, *StV* (1997), 13; OLG Jena, *NStZ* (2016), 375, 376; Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 24 GVG nm. 8.
431. *BGHSt* 44, 34; OLG Jena *ibid.* (intento de coacción de un miembro del Parlamento en un mostrador de información).
432. *BGHSt* 43, 53.

1 GVG). El BVerfG[433] ha quitado a este concepto el margen de discreción y lo calificó como un concepto jurídico, pero con ello no cambió nada en cuanto a su total indeterminación. También, la indicación de que el Tribunal Estadual puede corregir la decisión de la fiscalía y abrir el caso ante el Tribunal Municipal de conformidad con el § 209, inc. 1.º no disminuye los reparos contra la así denominada *competencia móvil*, porque el juez establecido legalmente, precisamente es establecido por la ley y no por el juez.

Casos y preguntas

79. ¿Qué alternativas se encuentran a disposición de la fiscalía para terminar el procedimiento de investigación?
80. ¿Cuándo ha de sobreseerse un proceso?
81. El fiscal S quiere interponer acusación contra A debido a que este se colocó frente a un tanque del Ejército nacional con la pancarta «Los soldados son asesinos». A causa de ello, el conductor del tanque no se sintió psíquicamente capaz de seguir conduciendo. ¿Es admisible una acusación como esta?
82. ¿Cuándo tiene lugar el procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública?
83. ¿Quién es ofendido en el sentido del § 172?
84. ¿Cuándo es sobreseído el proceso según el § 153?
85. ¿En qué se diferencian el § 153a y el § 153?
86. ¿Qué regulan los §§ 154, 154a y en qué se diferencian?
87. ¿Qué requisitos exige el BGH para el escrito de acusación?

Comentarios desde la perspectiva española

I. PANORAMA GENERAL

Una vez que se hayan practicado todos los actos de investigación necesarios, deberá determinarse si se cuenta con elementos de hecho suficientes para continuar con el proceso y llegar a la fase de juicio oral o, al contrario, si se tendrán que sobreseer las actuaciones, ya sea porque no se ha logrado identificar al posible autor de los hechos, porque no se ha producido un delito o bien porque, habiéndose producido el mismo, no hay información suficiente para continuar con la siguiente fase procesal.

433. *BVerfGE* 9, 223; 22, 254; cf. también Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 24 GVG nm. 9 («La decisión de la StA está completamente sujeta a revisión judicial»).

Si se cumplen los presupuestos correspondientes, la parte acusadora solicitará por escrito el sobreseimiento de las actuaciones, pudiendo solicitarlo también la parte investigada. De lo contrario, la acusación solicitará la apertura del juicio oral, según explicamos a continuación.

II. SOBRESEIMIENTO LIBRE

El sobreseimiento libre es la resolución judicial que pone fin al proceso, una vez concluido el procedimiento preliminar y antes de abrirse el juicio oral, por no ser posible una acusación fundada, debido a:

– la inexistencia del hecho, es decir, que no existen indicios racionales de que se haya perpetrado el hecho que dio motivo a la investigación;
– la inexistencia de un hecho punible, lo cual significa que los hechos acontecidos no constituyen un delito;
– la falta de indicios de responsabilidad criminal, o sea que los procesados aparecen exentos de responsabilidad como autores, cómplices o encubridores del delito.

En estos casos, el sobreseimiento libre equivale procesalmente a una sentencia absolutoria, generando el efecto de cosa juzgada con relación a la persona que haya sido objeto de la investigación.

III. SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL

Es la resolución judicial que paraliza momentáneamente el proceso, no permitiendo la apertura del juicio oral, por faltar elementos fácticos suficientes para formular la acusación contra determinada persona, o por no estar a disposición del tribunal el investigado. El proceso entonces queda archivado, levantándose la suspensión del mismo cuando consten en la causa los elementos faltantes o cuando sea habido el sujeto investigado. Por tanto, el sobreseimiento provisional se producirá por:

– la dudosa existencia del hecho, que no está debidamente justificada;
– la falta de pruebas para la imputación, es decir, que se ha cometido el delito, pero no hay motivos suficientes para acusar a una persona como autor, cómplice o encubridor de los hechos.

En los procesos abreviados y en los de enjuiciamiento rápido, podrá dictarse también el sobreseimiento provisional en aquellos casos en los que, habiendo

un hecho constitutivo de delito, no se conozca quién sea el posible autor de los mismos.

Con el sobreseimiento provisional se da la paralización del proceso, sin que se produzca el efecto de cosa juzgada. Esta situación puede perdurar mientras el delito no haya prescrito. Antes de eso, podrá reabrirse el procedimiento, si se lograra conocer los elementos necesarios para continuar con la fase del juicio oral.

IV. LA ACUSACIÓN

Para que el proceso avance a la fase de juicio oral, se requiere la petición de la parte acusadora, en cumplimiento del principio acusatorio. Al formularse la acusación, se interpone la pretensión del proceso penal y se define cuál es el objeto del proceso, es decir, cuáles son los hechos que se atribuyen al sujeto acusado. Realizada esta solicitud, el órgano judicial debe acordar la apertura del juicio, salvo que considere que los hechos no son constitutivos de delito (proceso ordinario) o que no existen indicios racionales de criminalidad (proceso abreviado y enjuiciamiento rápido).

En el proceso ordinario, la acusación se presentará mediante el «escrito de calificaciones provisionales»; en cambio en el proceso abreviado y en los juicios rápidos se presenta un «escrito de acusación». A través de ellos, la parte acusadora expone su opinión sobre los hechos cometidos y las consecuencias jurídicas que deberán producirse. Para la parte acusada, en cambio, este acto procesal implica la posibilidad de conocer los hechos por los cuales se le acusa formalmente y así poder preparar su estrategia de defensa.

Los escritos de acusación antes referidos incluyen un resumen de los hechos –conforme se deduzcan de las actuaciones practicadas durante el sumario– y la calificación legal de los mismos. También deberán pronunciarse con relación a la participación que los acusados hayan tenido en los hechos, la concurrencia de posibles atenuantes, agravantes o eximentes, las penas o medidas de seguridad que deberán adoptarse y los aspectos relativos a la pretensión civil, en caso que esta se acumule con la penal. Se solicitará, además, la apertura del juicio oral, en la manera establecida por la ley.[434]

434. En el proceso abreviado y en los juicios rápidos, la acusación y solicitud de apertura del juicio oral se realizan en un mismo escrito. No obstante, en los procesos ordinarios se presenta un escrito para formular las calificaciones provisionales y otro diferente para solicitar la apertura del juicio oral.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Capítulo 13. El hecho

I. EL CONCEPTO DE HECHO: FUNDAMENTOS

1. Hecho y hecho penal

(1) El concepto de hecho en sentido procesal es entendido de manera diferente y sirve a otros fines que el concepto de hecho penal del derecho material. En el derecho penal material, el hecho penal es un delito determinado y la denominación resumida de los presupuestos de la punibilidad. En el derecho procesal penal, el hecho es un acontecimiento concreto, un suceso histórico. Hecho es la situación fáctica que le es imputada al acusado. Para la definición de hecho penal se utilizan conceptos jurídicos («cosa mueble ajena»; «daños patrimoniales»). El concepto procesal de hecho es formado con ayuda de un enfoque naturalista. Por ello, el concepto de hecho (de aquí en adelante, en sentido procesal) es por lo general más amplio que el concepto de hecho penal del derecho material.[435]

> **Caso 1:** En la mañana del 20 de febrero de 2020, el autor toma el auto de su novia y, aunque no tiene licencia de conducir, se dirige desde un lugar cercano a Karlsruhe hacia Suiza; allí, amenaza con una pistola a un cajero en un banco, llena sus bolsillos con varios miles de francos suizos, sube nuevamente al auto y regresa al atardecer.[436]

Ese suceso es *un* hecho. Es cierto que el derecho material también conoce los delitos permanentes (manejar sin licencia de conducir), pero, por lo general, se interesa solo en una parte del suceso, considerando únicamente pocos aspectos como relevantes (así, p. ej., la sustracción está consumada cuando el autor coloca el dinero en su chaqueta).

> **Otro ejemplo:** En caso de un asesinato, los actos preparatorios y los esfuerzos del autor por esconder el cadáver también pertenecen al hecho. Sin embargo, esos comportamientos previos a la etapa de la tentativa y posteriores a la consumación son irrelevantes para el concepto de hecho penal del asesinato.

435. Cf. *Volk*, wistra (1998), 281.
436. BGH, *NStZ* (1996), 41.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

2. Definición

(2) El hecho es un suceso histórico unitario, la conducta completa del autor, en cuanto constituya, según una interpretación naturalista, un suceso unitario de la vida.[437] Este «acontecimiento concreto» debe ser expresado de manera tan determinada de modo que pueda diferenciarse de otros sucesos o de sucesos similares.

> Es suficiente, por ejemplo, que haya sido encontrado un cadáver con lesiones, el cual suscita la sospecha de un delito de homicidio. Pues, ya con eso se pone de manifiesto, de la totalidad de lo que sucede, *un* acontecimiento que funda la sospecha de la punibilidad.[438]

(3) Cuando se trata de muchos sucesos, ellos constituyen un hecho si existe una «conexión interna», de modo que su enjuiciamiento separado en diferentes procesos disociaría de manera antinatural un suceso unitario de la vida.[439] Para ello, hay que orientarse por el *momento*, el *lugar*, el *objeto* y la *imagen del hecho*.[440]

Estas definiciones son todo menos precisas.[441] Recién la discusión de casos típicos proporcionará un panorama más completo (*infra* nm. 13 ss.). Sin embargo, esto presupone que primero se clarifique en qué contextos juega un papel el concepto de hecho.

II. LA FUNCIÓN DEL CONCEPTO DE HECHO

El concepto de hecho

- determina el objeto del proceso (objeto procesal, 1.)
- fija aquello sobre lo cual el tribunal puede y debe decidir (2.)
- establece los límites para la modificación de la acusación penal (3., 4.)
- regula el alcance de la cosa juzgada (*infra* IV.)

1. Objeto procesal

(4) El objeto procesal es el hecho atribuido al imputado. Por consiguiente, el objeto procesal contiene un elemento objetivo y uno subjetivo. El hecho es una situación fáctica de la vida, de la cual surgen indicios de una acción punible.

437. *BGHSt* 13, 320; 32, 215; 35, 60. Este concepto de hecho pertenece a la «visión de conjunto del derecho procesal que es previa al derecho constitucional», la cual subyace al art. 103, inc. 3.º GG; *BVerfG*, *NStZ* (2004), 687.
438. *BGHSt* 22, 375, 385; un interrogatorio referido a si alguien como «administrador del *ghetto*» en Cracovia ha tenido «algo que ver con judíos» no se basa en un hecho determinable y, por ello, no interrumpe la prescripción, § 78c StGB.
439. *BVerfGE* 45, 434; *BGHSt* 41, 385.
440. *BGHSt* 36, 151; BGH, *NStZ* (2019), 428, 429 y *NStZ* (2020), 46 («Por regla general, el hecho procesal está delimitado por el lugar, el momento y la imagen del hecho y es determinado en particular por el comportamiento del autor y la dirección inherente del ataque, así como por la víctima»).
441. BGH, *StV* (1985), 181.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Este es el elemento objetivo. Esa sospecha se dirige contra un imputado determinado. Éste es el elemento subjetivo del objeto procesal.

Es posible (con más detalle sobre lo siguiente *infra* nm. 10) que a un imputado se le atribuyan varios hechos. En ese caso, el proceso tiene por objeto varios hechos. Lo mismo vale cuando un hecho es atribuido a varios imputados (p. ej., en caso de coautoría). También es posible la combinación: varios imputados, varios hechos.

2. El poder de juzgar del tribunal

(5) Solo el hecho descrito en la acusación es «objeto de la sentencia» (§ 264). El tribunal no está autorizado a sobrepasar los límites del hecho (formulado precisamente en el § 155, inc. 1.º). De otro modo, se lesionaría el principio acusatorio; faltarían los presupuestos procesales de la acusación. Dentro de estos límites, el tribunal debe investigar la verdad de oficio (§ 155, inc. 2.º, principio de investigación = principio de instrucción = máxima inquisitiva). En ello, es «independiente» y no está «vinculado a las solicitudes presentadas» (§ 155, inc. 2.º). Esto significa que, si bien está vinculado a la base fáctica objeto de la acusación, no lo está, sin embargo, a la interpretación jurídica de la fiscalía.

> **Ejemplo:** Si en el caso 1 la fiscalía había acusado por robo, el tribunal puede emitir un auto de apertura por extorsión agravada (§ 264, inc. 2.º)

El tribunal que en su auto de apertura había admitido la acusación por robo, puede, sin embargo, condenar por extorsión agravada, si el hecho se presenta diferente «según el resultado de la audiencia» (§ 264, inc. 1.º).

En su sentencia, el tribunal debe resolver exhaustivamente el objeto procesal, esto es, debe condenar, absolver o sobreseer (§ 260 con más detalle *infra* § 31 nm. 1).

3. La modificación de la acusación penal y el deber de advertencia

(6) Durante el juicio oral pueden surgir nuevos aspectos fácticos o jurídicos del hecho. El tribunal puede considerarlos y modificar la acusación (§ 264, inc. 2.º). Sin embargo, no sería leal sorprender al acusado con esto (recién) en la sentencia. El acusado debe ser *advertido* de la nueva apreciación por el tribunal y puede exigir bajo ciertas condiciones (§ 265, inc. 3.º) que el juicio oral sea interrumpido (§ 228) y comience nuevamente.[442] Ese deber de advertencia está atado a la modificación del punto de vista *jurídico* (§ 265, inc. 1.º). Sin embargo, el § 265 inc. 2.º fue reformulado y complementado por la ley del 17 de agosto de

442. BGH, *NStZ* 2003, 444.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

2017. En particular, el inciso 2.º, núm. 3 ahora también prevé expresamente el deber de advertencia para los casos de variación de la *situación fáctica*.[443]

(a) La modificación puede fundarse en una evaluación jurídica diferente de la misma situación fáctica (como en el ejemplo, extorsión agravada en lugar de robo).
(b) El nuevo aspecto jurídico puede derivarse del surgimiento de nuevas circunstancias fácticas.

> **Ejemplo:** Se comprueba que el acusado, a quien se había atribuido un hurto (§ 242 StGB), llevaba un arma (§ 244 StGB)

(7) El deber de advertencia, expresión del principio de lealtad y un caso regulado legalmente del deber de asistencia judicial, sirve a la protección frente a sorpresas y al interés del acusado de poder defenderse de manera amplia. Por ello, el § 265 es interpretado extensiva y analógicamente a su favor.

(c) También una ley penal más benigna es una ley penal diferente.

> **Ejemplos:** Imprudencia en lugar de dolo hace necesaria otra defensa, al igual que tentativa en lugar de consumación, homicidio en lugar de asesinato, etc.

(d) En caso de las mismas leyes penales, el deber de advertencia se activa cuando entra en consideración otra forma de comisión.

> **Ejemplos:** Acción en lugar de omisión y al revés;[444] lesión del deber de permanencia en lugar de alejamiento no permitido en el caso del § 142 StGB; coautoría en lugar de autoría individual;[445] otro elemento del asesinato.[446]

(e) El § 265 inc. 2.º núm. 2 debe proteger la confianza generada mediante la comunicación de una evaluación preliminar de la situación fáctica o jurídica.[447] En consecuencia, la ley prevé una advertencia si el tribunal desea desviarse de la evaluación correspondiente.

(8) También la mera modificación de la situación fáctica hace necesaria la advertencia en la medida en que la advertencia sea «necesaria para la apropiada defensa del acusado» (§ 265 inc. 2,º núm. 3).[448]

---

443. Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 265 nm. 16, 22; cf. también BGH, *StV* (2019), 818, 819, sobre el hecho de que el legislador únicamente quería codificar la jurisprudencia.
444. BGH, *StV* (1984), 367.
445. *BGHSt* 11, 18; *StV* (1996), 82.
446. BGH, *NStZ* (1998), 529; *NStZ* (2005), 111 (qué circunstancias en caso de «móviles abyectos»); *NStZ* (2017), 241 (pasar de un asesinato con fines de ocultamiento a un asesinato por motivos abyectos).
447. *BT-Drs.* 18/11277, 37.
448. BGH, *NStZ* (2020), 97, 98 especifica el criterio de necesidad del § 265 II núm. 3 con referencia a la exposición de motivos (*BT-Drs.* 18/11277, 37) así como a la jurisprudencia del § 265 (versión antigua) en el sentido de que existe necesidad si el cambio en la situación de hecho «equivale al peso de un cambio en un aspecto jurídico».

Ejemplo: El período de tiempo del hecho cambió considerablemente en comparación con la acusación, lo que el tribunal señaló, pero sin aclarar -como exigía la situación- que también consideraría los actos de abuso sexual a una alumna por parte de un profesor de música en los días (escolares) en los que no *hubo* interrupción de las clases, etc., lo que habría permitido la comisión secreta del hecho durante el horario correspondiente a la jornada escolar de la víctima.[449]

4. Acusación suplementaria, § 266

(9) Una modificación de la acusación solo es posible cuando el tribunal se mueve dentro de los límites del hecho acusado. Si emergen nuevas circunstancias fácticas que no pertenecen a esa situación fáctica de la vida (o el nuevo aspecto jurídico con su base fáctica está fuera del hecho acusado), entonces no entra en consideración la advertencia del § 265. Respecto de este nuevo suceso fáctico debe realizarse una nueva acusación. Cuando el acusado acepta ese modo de proceder, esto ocurre inmediatamente y en forma simplificada (§ 264, en forma oral en lugar de escrita, inc. 2.º, 1.ª oración). En ese caso puede ser incluido el nuevo hecho en el proceso, § 266, inc. 1.º.

Ejemplo: En el caso 1 se comprueba que el 22 de enero el acusado también había asaltado una caja de ahorro en las cercanías de Baden-Baden.

III. UNIÓN, SEPARACIÓN

(10) Si a un imputado le son atribuidos varios hechos, nos encontramos frente a varios objetos procesales (cf. *supra* nm. 4). Entre ellos existe una *conexión personal* (§ 3). Una *conexión material* existe «cuando respecto de un hecho varias personas son imputadas como autor, partícipe o receptador de datos; o como favorecedor, encubridor, o receptador» (§ 3). Aun cuando esto no ocurra, es suficiente la cooperación punible, encaminada en la misma dirección, en un suceso histórico unitario.[450] En la ley no está mencionado el caso de la *conexión combinada*, en la cual existe al mismo tiempo conexión material y personal.

Ejemplo: A ha cometido un hurto; B ha comprado el botín como receptador y cometido una estafa en la venta sucesiva.

Estos casos penales pueden ser unidos. Si respecto de uno (o alguno) de ellos fuera competente el Tribunal Municipal y de otro el Tribunal Estadual, la fiscalía puede presentar una acusación conjunta ante el Tribunal Estadual (§ 2, inc. 1.º, 1.ª oración). Esto vale con mayor razón cuando de una consideración aislada resulta competente el mismo tribunal.[451] Si el señorío del proceso reside en el

---

449. BGH, *StV* (2019), 818, 819.
450. BGH, *NStZ* (2009), 221.
451. No está regulado el caso de una «unión de diferentes procesos penales pendientes contra el mismo acusado ante el mismo Tribunal Estadual», al respecto, Meyer-Goßner, *NStZ* (2004), 353.

tribunal, este puede separar casos de imputados unidos y unir casos de imputados separados (§ 4). También está permitido unir un proceso de apelación con un proceso de primera instancia que está pendiente ante el mismo Tribunal Estadual (§ 4, inc. 1.º analógicamente); «la unión conduce a la fusión de ambos procesos con la consecuencia de que respecto del todo se ha de proceder como en primera instancia».[452]

(11) De esta *unión material* ha de diferenciarse la *unión para una audiencia conjunta* (§ 237): la unión para una audiencia conjunta solamente simplifica el procedimiento. Los casos penales individuales no se fusionan, sino que permanecen independientes y siguen además sus propias leyes.[453]

Ejemplo: 20 carniceros son acusados de haber elaborado salchichas con un aditivo prohibido. Un químico de alimentos elaborará un dictamen pericial. Es razonable unir los procesos conforme al § 237.

IV. COSA JUZGADA

(12) Si el tribunal ha decidido sobre un hecho y su sentencia ha adquirido efectos de cosa juzgada (al respecto, *infra* 32), no se puede reprochar el mismo hecho por segunda vez al acusado absuelto o condenado. Si él no puede ser condenado otra vez (así el texto del art. 103, inc. 3.º GG), entonces un nuevo proceso sobre el mismo asunto está prohibido. Los límites de la cosa juzgada se extraen del concepto de hecho. Es función de la fiscalía y el tribunal investigar todos los aspectos del hecho (principio de oficialidad). Si partes del suceso quedan sin descubrir, no interesa si la investigación fue negligente o conforme al deber. Este déficit no cae en la esfera de riesgo del imputado.

Ejemplo: En el caso 1, el acusado fue condenado por sentencia firme por el Tribunal Municipal por manejar sin licencia de conducir el 20 de febrero de 2018. Con esto, él ya no puede ser perseguido y penado por el atraco al banco. Es indiferente si el tribunal no conocía esa parte del suceso o si creía que próximamente otra Cámara Penal en otro proceso decidiría sobre ello.[454]

Este resultado ya no es claramente justo. En lo siguiente se trata la cuestión referida a si debe y puede ser corregido.

V. EL CONCEPTO DE HECHO: TIPOLOGÍA Y CASOS PROBLEMÁTICOS

(13) El «enfoque naturalista» (cf. *supra* 2) es un método discutible cuando se trata de problemas jurídicos. La doctrina intenta modificar de diferentes maneras

452. BGH, *NStZ* (1998), 628.
453. *BGHSt* 19, 177, 182; 36, 348, 351.
454. Cf. BGH, *NStZ* (1996), 41.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

ese principio con criterios normativos.[455] Sin embargo, esto puede conducir a que se creen más inseguridades que las que se eliminan. La jurisprudencia insiste en su principio e intenta concretizarlo.

1. Hecho y unidad de hecho (concurso ideal)

(14) El concepto de hecho es diferente del concepto de hecho penal del derecho material (cf. *supra* nm. 1). Por ello, de la doctrina del concurso de delitos no es posible extraer ninguna conclusión forzosa respecto del alcance del hecho en derecho procesal. Sin embargo, hay un ámbito nuclear seguro, en el cual reina concordancia práctica: en los casos de unidad de hecho (concurso ideal) existe solo un hecho.[456] Sobre correcciones a esta regla se hará referencia luego (*infra* nm. 16 ss.).[457]

2. Hecho y pluralidad de hechos (concurso real)

(15) En caso de pluralidad de hechos existen por lo general varios hechos independientes.[458] Al respecto, existen varias excepciones. Mientras que la cuestión de si debe aceptarse un concurso ideal o uno real atañe a cómo se forma una pena justa, para el concepto de hecho procesal lo que es decisivo es qué sucesos se han de juzgar en un proceso. Por ello, también en el caso de delitos en concurso real existe un hecho, cuando se da «una conexión material estrecha de varios hechos penales» «de modo que ninguna de las imputaciones puede ser tratada por sí sola de manera comprensible y su apreciación y juicio separados sería vivida como una disociación antinatural de un suceso unitario de la vida».[459]

Así, por ejemplo, en caso de

– conducción en estado de ebriedad con accidente y subsiguiente «fuga del lugar del accidente»: después del accidente, el autor se ve en una nueva situación y toma una nueva resolución. La conducción en estado de ebriedad es interrumpida. El § 316 StGB en el primer tramo de la acción está en concurso real con el § 142 StGB (y luego un nuevo § 316 StGB). Visto desde el punto de vista procesal, existe sin embargo un suceso unitario.[460]
– lesiones corporales y omisión de prestación de auxilio: el acusado saca arrastrando a la víctima de una taberna, afuera la golpea, la deja inerte tendida en el suelo y vuelve a la taberna.[461] Recién con esto se concluye el

---

455. En la literatura cf. Puppe, *NStZ* (1988), 456; Roxin, *JZ* (1988), 260.
456. *BGHSt* 26, 284; diferente para delitos de organización *BGHSt* 46, 349.
457. Sobre los problemas que han surgido con el abandono de la figura jurídica de la acción continuada, cf. por todos Lackner/Kühl/Heger, StGB, comentario previo al § 52 nm. 12 ss.
458. *BGHSt* 35, 14, 19; *NStZ* (2009), 705.
459. *BGHSt* 13, 21, 26; BGH, *NStZ* (2006), 350.
460. *BGHSt* 21, 203; 23, 141, 147; *KG, StV* (2018), 401.
461. *BGHSt* 16, 200.

suceso histórico. Desde el punto de vista del derecho material se trata de un concurso real.

3. Suceso fáctico y dirección de la agresión

(16) El problema de cómo se ha de decidir cuando el autor ha sido condenado por un hecho penal relativamente leve y más tarde se pone en evidencia que en el mismo período de tiempo (del hecho) ha cometido un delito más grave, aún no tiene solución. Esto entra en consideración especialmente en el caso en que el hecho penal comparativamente más leve sea un delito permanente (cf. *supra* nm. 1, caso 1).

> **Caso 2:** El acusado fue condenado de conformidad con la ley de armas, porque en enero de 2018 poseía y portaba sin permiso una pistola. Posteriormente, se descubrió que la poseía desde mucho antes y que con ella en diciembre de 2016 había cometido un robo.[462]

«Esta nueva resolución de la voluntad dotada de móviles muy diferentes a los de la posesión del arma tiene por objeto una conducta criminal esencialmente más intensiva …».[463] Desde el punto de vista del derecho material, esta resolución representa una cesura que conduce a la afirmación de un concurso real entre la posesión del arma antes y después del robo. En este sentido, el caso es comparable con el ejemplo antes discutido de la conducción duradera en estado de ebriedad, que es interrumpida con el accidente. Sin embargo, el *BGH* no acepta aquí un hecho. El robo y la infracción de la ley de armas serían «según la imagen del hecho, el objeto del hecho, el tiempo del hecho y el lugar del hecho sucesos que divergen uno del otro y según un enfoque naturalista [estarían] tan separados uno del otro que no representan un acontecer histórico unitario».[464] En términos de resultado, esto es aceptable, porque el delito de posesión de armas, con su descolorida imagen del hecho, no presupone ni una actividad, ni una resolución que se renueva permanentemente en términos de cometer el hecho, se refiere a otro objeto del delito y no tiene un lugar concreto de comisión del hecho. En el caso 1 es diferente. El viaje al lugar del hecho (sin licencia de conducir) es realizado con la finalidad del robo al banco.

El criterio normativo de la «dirección de la agresión», preferido por la doctrina, se orienta al bien jurídico del delito (posesión de arma – uso del arma en un robo) y tiene la peligrosa tendencia de evanecer el concepto procesal de hecho.[465]

(17) La jurisprudencia se mantiene en el enfoque naturalista y fundamenta excepciones también con vista a hechos, a saber, objeto, tiempo y lugar del hecho. Solamente el cuarto criterio, la «imagen del hecho», tiene un impacto

---

462. *BGHSt* 36, 151; sobre la adquisición y el uso del arma, cf. BGH, *NStZ* (2002), 328.
463. *BGHSt* 36, 151, 154.
464. *BGHSt* 36, 151, 155.
465. Cauteloso recientemente también Beulke/Swoboda (2021), nm. 519.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

normativo. Su método es preferible, porque el concepto de hecho, en principio funcional, no debería ser construido de manera fundamentalmente diferente a causa de unos casos extremos, sino que solamente debería ser corregido en el margen de su ámbito de aplicación.

4. Formas de comisión alternativas

(18) La jurisprudencia también mantiene su línea en caso de alternatividad de sucesos de acción. Se trata de los casos en los cuales el autor solo puede ser ladrón o receptador; haber cometido el robo por sí mismo o favorecido al autor; haber matado por sí mismo a la víctima o, actuando para el autor, haberla escondido, etc.

> **Caso 3:** Los cargos de la acusación consistían en que el acusado había adquirido acciones que habían sido sustraídas en el atraco a la Kreissparkasse S (caja de ahorros). Por ello, fue condenado por sentencia definitiva por receptación. Cuando posteriormente se descubrió que él mismo había cometido el atraco, la fiscalía presentó una nueva acusación.[466]

Sucesos separados tanto espacial como temporalmente están en la base de estos hechos penales. El acusado ya no podría ser condenado por robo, si en la primera acusación se le hubiera atribuido haber cometido uno u otro hecho penal. Entonces, ambos casos habrían sido objeto del proceso penal y, estrictamente, la cuestión de si hubo un hecho en sentido procesal no tendría importancia alguna. Ahora sin embargo ella es decisiva.

Anteriormente, la jurisprudencia había desechado la alternatividad de los cursos de acción con el simple argumento de que existe un hecho porque se trata de un mismo objeto del hecho. El *BGH* rechaza esta solución general[467] y exige (con razón) una apreciación en el caso concreto, recurriendo allí a los otros criterios:[468] imagen, tiempo y lugar del hecho. Según la configuración del caso estos criterios pueden tener diferente importancia. En el caso concreto se decidió:

> El suceso de la vida que es la base de la condena por receptación –aceptación de acciones de dos personas desconocidas el 28 de diciembre– y el suceso de la vida que sustenta la acusación actual –robo de las acciones el 19 de diciembre– se encuentran, sin embargo, según lugar, tiempo y circunstancias del hecho –también en relación con el bien jurídico lesionado (robo como delito de dos actos)–, separados de tal modo uno del otro, que según un enfoque naturalista no representan un acontecer histórico unitario.[469]

466. *BGHSt* 35, 60.
467. *BGHSt* 35, 60, 63.
468. Haciendo referencia a *BGHSt* 35, 60 ahora BGH, *NStZ* (2020), 46, véase nota al pie 6.
469. *BGHSt* 35, 60, 64.

De acuerdo con estos principios, el *BGH* ha decidido también el caso de alternatividad del hurto y el favorecimiento.[470] Aquí, adicionalmente se afirma[471] que la «dirección de la agresión de la conducta del autor» sería diferente: intervención para uso propio (hurto) – aseguramiento para uso ajeno (favorecimiento).

Si en tales casos se aceptan dos hechos, a pesar de la identidad de objeto, el autor será condenado dos veces por el mismo botín (acciones, en el caso 3). La injusticia aquí subyacente debe ser compensada con una atenuación de la pena (consideración de la pena impuesta anteriormente). La mayoría de las veces no es posible una solución dogmática de derecho procesal más limpia.[472]

Casos y preguntas

88. ¿Qué es el hecho en sentido procesal?
89. A es acusado ante el Tribunal Municipal por lesiones corporales peligrosas dolosas, dado que habría acuchillado a C. La acusación fue aceptada sin modificaciones en el auto de apertura a juicio. Posteriormente, C muere a causa de la cuchillada. ¿Cómo ha de continuar el procedimiento?
90. A fue condenado por el Tribunal Municipal con mandato penal definitivo del 18 de abril de 2020 a una pena de multa por posesión y porte ilícito de una pistola, cometidos, en concurso ideal, en la medianoche del 17 de enero de 2020. Luego, el Tribunal Estadual condenó al acusado a una pena privativa de libertad de tres años y tres meses por tentativa de extorsión agravada en concurso ideal con lesiones corporales imprudentes cometida el 11 de diciembre de 2020. En el hecho fue utilizada la pistola objeto del mandato penal del 18 de abril de 2020. ¿Se opone a esa condena un agotamiento de la acción penal?

Comentarios desde la perspectiva española

I. EL CONCEPTO DE HECHO: FUNDAMENTOS

En el ordenamiento español el órgano jurisdiccional conoce del hecho que deber ser investigado por considerarse un delito. Así se pone de manifiesto en el art. 277.4 Lecrim donde se exige a la parte que exprese una relación circunstanciada del hecho ejecutado, se inicie el proceso de oficio o mediante denuncia.[473]

El objeto del proceso penal se caracteriza por su vinculación directa con el derecho de acción que puede materializarse en el proceso de forma necesa-

470. *BGHSt* 35, 80.
471. *BGHSt* 35, 80, 82.
472. Cf. con más detalle Meyer-Goßner, FS Salger (1995), 345.
473. CGPJ (2016).

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

ria (Ministerio Fiscal) o voluntaria (por medio de los acusadores no públicos: particular, popular o privado) mediante la querella.

Las dos notas más relevantes del objeto del proceso penal son la inmutabilidad, pues no es posible cambiarlo ni eliminarlo y su indisponibilidad, desde una dimensión objetiva, ya que el hecho comprende todos los actos preparatorios, accesorios, particulares o posteriores, como desde una perspectiva jurídica, ya que el proceso entiende el hecho desde todos los puntos de vista jurídicos factibles.[474]

II. LA FUNCIÓN DEL CONCEPTO DE HECHO

Hay que poner de relieve el papel esencial que desempeña el objeto del proceso en diversas instituciones procesales penales (jurisdicción, competencia objetiva y territorial, legitimación, clase de procesal, acumulación, cosa juzgada y litispendencia). A modo de ejemplo, la gravedad del delito supuestamente cometido va a determinar la competencia para su enjuiciamiento a favor de un Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial.

Los elementos que identifican el objeto del proceso son el hecho criminal imputado y la persona acusada.

Respecto al hecho criminal imputado hay que destacar que la Lecrim no proporciona una definición al respecto. No obstante, ello no significa que no se tenga en consideración en la ley.

Una de las cuestiones más problemáticas que aparece en este contexto se refiere a la identidad del hecho y las teorías sobre su identificación en el caso concreto pues es determinante para saber si se ha producido una variación sustancial en los hechos (litispendencia o cosa juzgada). Existen al respecto dos teorías: naturalista y normativista que sirven para delimitar las características esenciales que permiten identificar el hecho criminal imputado. Nos encontramos ante el mismo hecho, a efectos de congruencia, litispendencia o cosa juzgada: 1) cuando exista identidad, total o parcial, en los actos de ejecución que recoge el tipo penal y, 2) cuando, sin darse la anterior identidad, el objeto material del delito, esto es, el bien jurídico protegido, sea el mismo.[475]

En cuanto a la persona acusada que haya resultado absuelta o condenada, es absolutamente inseparable del hecho criminal. Únicamente se producirá la identidad subjetiva respecto a la persona que efectivamente fue acusada en el proceso penal, sin que sea determinante si el resultado final ha sido absolutorio o condenatorio.

La acusación delimitará el hecho criminal a enjuiciar y la persona del acusado (arts. 650-1.ª a 5.ª y 781.1 Lecrim). En principio no es posible variar en calificaciones definitivas, salvo que en la calificación concurra un manifiesto error, en cuyo caso el órgano jurisdiccional puede desvincularse en principio (se trata

---

474. Gómez Colomer y Barona Vilar (2021b, 138).
475. Gómez Colomer y Barona Vilar (2021b, 145).

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

de la conocida como tesis de desvinculación prevista en el art. 733 Lecrim). La sentencia debe ser congruente, significando este requisito que debe existir correlación con el hecho criminal que propició la investigación y la acusación, frente a la misma persona acusada (art. 742 Lecrim).

III. UNIÓN Y SEPARACIÓN

En el sistema judicial español, la acumulación de procesos contra el mismo acusado o los mismos acusados no es posible como regla general (art. 17.1 Lecrim).[476] Ahora bien, excepcionalmente se permite en el caso de conexión, tal y como prevé el art. 17.2 Lecrim, en virtud del cual «los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulte conveniente para el esclarecimiento y la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso».

La conexión supone la existencia de varios delitos imputados a una sola persona o a varias. Para que se pueda producir conexión, es imprescindible la concurrencia de varios hechos punibles, con independencia del número de personas que los hayan podido cometer. En el art. 18 Lecrim se establece el órgano jurisdiccional competente en los supuestos de delitos conexos. La ley no especifica el régimen jurídico de la conexión, salvo lo recién comentado. Hay que apuntar que la conexión debe ser vigilada de oficio por el órgano jurisdiccional, sin perjuicio del posible control naturalmente de las partes. A diferencia de lo que sucede en el ordenamiento alemán, en el sistema judicial español no aparece una norma que faculte expresamente al Ministerio Fiscal para pedir la conexión, o para separarlos si entiende que no existe.

IV. OBJETO DEL PROCESO CIVIL ACUMULADO

Mención aparte merece la posibilidad que permite la ley penal española (arts. 109 a 115, 100 y 650, II Lecrim) de acumularse al proceso penal, un proceso civil que tenga como pretensión: la restitución de la cosa, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios derivados de la comisión de ese hecho. Esta posibilidad tiene la ventaja de la economía procesal, ya que en un único procedimiento se resuelven dos objetos interrelacionados. Asimismo, se pretenden evitar decisiones contradictorias.

476. Art. 17.1 Lecrim: «Cada delito del que conozca la Autoridad judicial será objeto de un sumario».

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Capítulo 14.
Los presupuestos procesales

I. LA FUNCIÓN

(1) La sospecha de un hecho penal constituye un caso de perturbación social. El proceso penal tiene como meta descubrir la verdad, tomar una decisión justa y, de ese modo, reconstruir la paz jurídica. Ello puede ocurrir a través del esclarecimiento del caso y de la condena o absolución del acusado (sentencia material). Pero también puede suceder que no exista motivo alguno para ocuparse del reproche.

> **Ejemplos**: Las circunstancias dan indicios acerca de un hecho penal que ya estaría prescrito; el hecho ya ha sido decidido con sentencia firme; la justicia alemana no es competente para conocer del caso.

En estos casos el asunto no se considera y el proceso termina con un sobreseimiento (decisión procesal, sentencia o auto, §§ 260, inc. 3.º; 206a). Con ello también se alcanza el fin del proceso penal.

Esa función del presupuesto procesal debería permitir la definición de su concepto como los «presupuestos tipificados de la protección de la paz jurídica»; si ellos están ausentes, entonces «no existe desde el punto de vista jurídico motivo alguno para la protección del ordenamiento jurídico-penal».[477] La opinión mayoritaria no discrepa en lo esencial,[478] pero utiliza otro concepto menos adecuado desde muchos puntos de vista.

II. EL CONCEPTO

1. Definición

(2) Según la opinión mayoritaria, los presupuestos procesales son circunstancias tan importantes que la *admisibilidad* de todo el proceso depende de su

477. Volk (1978), 204; opinión absolutamente minoritaria.
478. Aprobando y profundizando diversos aspectos Meyer-Goßner, *NStZ* (2003), 170 ss.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

presencia o ausencia.[479] Esto es confuso. Si un proceso es sobreseído por prescripción, no ha sido en general «inadmisible». Si se ha advertido que el hecho está prescrito, solo la continuación del procedimiento con el objetivo de alcanzar una sentencia material ya no es admisible. En su versión mejorada, la definición de los presupuestos procesales reza así: condiciones de admisibilidad para alcanzar una decisión material.[480] Ella ha sido recientemente refinada. Se diferencia entre circunstancias que prohíben absolutamente al tribunal examinar el asunto («prohibiciones de examen») y aquellas que se oponen a una pena («prohibiciones de pena»).[481] De este modo, se tiene en cuenta la aquí resaltada ambivalencia de algunos presupuestos procesales, los cuales también podrían ser regulados en el derecho material como condiciones negativas de la punibilidad (*infra* nm. 5).

2. Terminología

(3) Las circunstancias que deben estar presentes para alcanzar una sentencia material son presupuestos procesales (p. ej., instancia de persecución penal). Las circunstancias que no deben estar presente se denominan impedimentos procesales (p. ej., prescripción). Estos conceptos tienen el mismo significado y son intercambiables. Solo cambia la designación: si falta un presupuesto procesal, existe un impedimento procesal.

3. Estructura

(4) Si falta un presupuesto procesal, el proceso es sobreseído sin más, es decir, en cierta manera es interrumpido. Por ello, los presupuestos procesales deben mostrar contornos claros y caracterizarse con elementos concisos, que en lo posible sean constatables de manera fácil e inequívoca.[482]

III. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES EN EL SISTEMA DE DERECHO PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL

1. La ubicación sistemática

(5) Ahora puede construirse un gráfico en relación con esos dos ámbitos jurídicos.

---

479. *BGHSt* 32, 345, 350; 36, 294, 295; Beulke/Swoboda (2020), nm. 273.
480. Opinión dominante, cf. solo Meyer-Goßner/Schmitt (2021), Introducción nm. 142.
481. Meyer-Goßner, *NStZ* (2003); cf. también *él mismo* (2011), 38 ss.; BGH, *NJW* (2007), 853.
482. Cf. Volk (1978), 215 s.

Sinopsis 8: Ubicación sistemática en el derecho penal material y en el derecho procesal penal

Derecho penal material	Derecho procesal penal	
Otros presupuestos de la punibilidad positivos o negativos	Presupuestos procesales Impedimentos procesales	Disposiciones de conducción del proceso
Condiciones objetivas de punibilidad Causas de eliminación de la pena Causas de exclusión de la pena	P. ej.: Prescripción Gracia Instancia de persecución penal Decisión firme	P. ej.: § 136, §§ 243 ss.

Algunos de estos presupuestos podrían sin más cambiar de ubicación. El impedimento procesal de la gracia, por ejemplo, también podría ser concebido como causa de eliminación de la pena (como consecuencia de lo cual debería haber una absolución) y la causa de exclusión de la pena en razón de parentesco (§ 258, inc. 6.º StGB) como impedimento procesal (de modo que el proceso penal debería ser sobreseído).

(6) Desde el punto de vista procesal, todos los presupuestos jurídico-materiales de una sentencia son asignados a las categorías de la *cuestión de la culpabilidad* y de la *cuestión de la pena* (cf. § 263, inc. 1.º). A la cuestión de la culpabilidad (en sentido procesal) pertenecen los elementos de la teoría del delito, a saber: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y otras condiciones o causas de exclusión de la punibilidad. Entre las circunstancias que «elevan la punibilidad» (§ 263, inc. 2.º) cuentan obviamente los tipos cualificados, pero también, aunque ellas tienen su exacta ubicación sistemática en la cuestión de la pena, los ejemplos regulares de casos especialmente graves (§ 263, inc. 2.º).

(7) Los presupuestos procesales no están comprendidos en la cuestión de la culpabilidad. La ley, que proviene de una época en la cual la doctrina de los presupuestos procesales aún no había sido desarrollada, menciona solamente la prescripción (§ 263, inc. 3.º); con todo, ella deja en claro que los presupuestos procesales pertenecen al derecho procesal.

2. Comprobación de oficio

(8) Los impedimentos procesales deben ser comprobados de oficio en toda etapa del proceso. El ámbito de aplicación de esta regla es estrecho. Según el principio de investigación de oficio, todos los presupuestos jurídico-materiales y

jurídico-procesales de una sentencia de mérito deben ser comprobados de oficio. Esto vale, sin embargo, solo en las instancias referidas a hechos. En la etapa de casación, las infracciones al derecho son consideradas solo si existe una impugnación. Los presupuestos procesales son una excepción a esto. Por lo tanto, la regla de que deben ser observados de oficio en toda etapa del proceso tiene un significado propio solamente en el procedimiento recursivo (con más detalle *infra* § 23 nm. 8; § 36 nm. 14).

3. Comprobación en el procedimiento de prueba libre

(9) Con esto se relaciona el hecho de que la opinión mayoritaria admite un procedimiento de prueba libre para la comprobación de los presupuestos procesales, con lo cual el juez no está vinculado a los medios de prueba previstos en la ley (cf. *infra* § 23 nm. 8).

4. *In dubio pro reo*

(10) Este principio, así se expresa de manera general, no rige en el ámbito del derecho procesal (con detalle *infra* § 18 nm. 22). Al respecto, debe hacerse una excepción para los presupuestos procesales. Según la doctrina dominante, si se trata de circunstancias tan importantes que la admisibilidad de todo el proceso depende de ellos, una duda al respecto debe resultar a favor del acusado y el proceso debe ser sobreseído. Inicialmente, el BGH era más precavido y exigía una nueva comprobación para cada uno de los presupuestos procesales concretos.[483] Sin embargo, siempre se ha exigido que, en caso de duda sobre la existencia de presupuestos procesales que constituyen condiciones fundamentales –conforme a un Estado de derecho– para la dictación de la sentencia de mérito, se termine el proceso por medio de un sobreseimiento.[484]

IV. EL CATÁLOGO DE PRESUPUESTOS PROCESALES / IMPEDIMENTOS PROCESALES

El ámbito nuclear del catálogo de presupuestos procesales / impedimentos procesales es seguro. Los casos dudosos giran en torno a la cuestión de si está permitido derivar impedimentos procesales de una falla procesal o directamente de la Constitución (*infra* nm. 24 ss.).

483. Afirmativamente en relación con la prescripción *BGHSt* 18, 274, 277; igualmente con respecto a la capacidad para estar en juicio *NStZ* (1984), 520.
484. Así (en definitiva) también *BGHSt* 46, 349; BGH, *NStZ* (2010), 160. Expresando dudas con respecto a esto, Volk/Engländer (2018); diferenciado Beulke/Swoboda (2021), nm. 273.

1. Jurisdicción

(11) *a*) Si no se trata de un caso penal (§ 13 GVG), el proceso es sobreseído.

b) No está sometido a la jurisdicción alemana quien goza de inmunidad diplomática (§§ 18-20 GVG) u ostenta otro estatus especial (art. VII del Estatuto de las Fuerzas Armadas de la OTAN).[485]

c) No tiene sentido realizar un proceso penal cuando el derecho penal alemán no es aplicable conforme a los §§ 3 ss. StGB.[486]

2. Competencia

(12) *a*) La competencia material del tribunal es un presupuesto procesal (§ 6). Solo el tribunal competente tiene permitido emitir una decisión sobre el caso. En el procedimiento intermedio, el defecto de competencia es corregido de acuerdo con el § 209. En el procedimiento principal, a diferencia del § 6, la competencia permanece en el tribunal de mayor rango (§ 269); mientras que en el caso contrario el tribunal inferior no sobresee el procedimiento y acusa nuevamente, sino que por razones de simplicidad remite el caso al tribunal superior (§ 270). Antes del comienzo del juicio oral rige el § 225a.[487]

b) La competencia territorial, en la primera instancia, es un presupuesto procesal con una corta fecha de caducidad: solo hasta la apertura del procedimiento principal es comprobada de oficio (§ 16).

3. Inmunidad

(13) Los diputados nacionales (art. 46, inc. 2.º GG) y de los estados federados (§ 152a) están sometidos a la jurisdicción alemana, aunque en principio protegidos ante la persecución penal. Se protege el Parlamento. Su existencia y constitución no debe ser puesta en peligro y modificada a través de injerencias de otros poderes del Estado. El Parlamento puede levantar la inmunidad de los diputados. En ese caso, decae el impedimento procesal con respecto al diputado.

En cambio, la indemnidad (art. 46, inc. 1.º GG) concierne a la responsabilidad jurídico-material.

4. Edad de la responsabilidad penal

(14) Los niños menores de catorce años son incapaces de culpabilidad independientemente del caso concreto y por ello no están sujetos a responsabilidad penal (§ 19 StGB). No pueden ser perseguidos penalmente.

485. Cf. más detalladamente NK-StPO/Ambos (2022), § 18 ss. GVG.
486. *BGHSt* 34, 1. Sobre los §§ 3 y ss. StGB cf. MüKoStPO/Ambos (2020), 151 ss.
487. *BGHSt* 44, 121.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

5. Muerte del imputado

(15) Luego de la muerte del imputado está excluida una decisión sobre el mérito. No hay condena o absolución «póstuma». Con todo, el proceso no finaliza por sí solo, sino que debe ser sobreseído.[488]

6. Incapacidad para estar en juicio

(16) Si el imputado es incapaz para estar en juicio de manera definitiva, y no solo temporal, existe un impedimento procesal. La capacidad para estar en juicio no es idéntica a la capacidad para ejercer el comercio o la capacidad procesal en casos civiles.[489] Más bien, es suficiente y necesario «que el acusado tenga la capacidad de velar por sus intereses de manera razonable dentro y fuera de la audiencia, de conducir la defensa de manera sensata y comprensible, de presentar y oponerse a manifestaciones procesales».[490]

Por ello, la capacidad para estar en juicio ha de ser evaluada de manera diferente según los diferentes tipos de procesos. En el procedimiento de casación, ella requiere la capacidad «de decidir de manera responsable sobre la interposición del recurso de casación».[491] En contra de quien es incapaz para estar en juicio puede ser conducido un procedimiento de seguridad, §§ 413 ss.

7. Prescripción

(17) Transcurrido un cierto tiempo pierde sentido perseguir los fines de la pena referidos a la compensación de la culpabilidad, la prevención general y especial y además de ello es difícil, por lo general, esclarecer el hecho y encontrar pruebas. Por esas razones jurídico-materiales y procesales se renuncia no solo a la pena, sino ya a la persecución penal.[492]

8. Clausura del proceso

(18) Aunque esta abolición tiene motivos jurídico-materiales, opera, sin embargo, como un impedimento procesal.[493] Una ley de exención de pena, que

---

488. El *BGHSt* 45, 108 ha abandonado su equivocada antigua jurisprudencia. Un caso curioso: el acusado en fuga finge su muerte. El proceso es sobreseído por auto conforme al § 206a. Ese auto debe ser revocado y el proceso debe continuar; BGH, *NStZ* (2008), 296.
489. Cf. Rath, GA (1997), 145.
490. BGH, *NStZ* (1996), 242. En la instancia de casación debería bastar con que «el recurrente, al menos temporalmente, esté en condiciones de llegar a un acuerdo básico con sus defensores sobre la continuación o el retiro del recurso, y que estas condiciones existieran en el momento de la decisión en cuestión» (BGH, *NStZ* [2017], 490).
491. *BGHSt* 41, 16, 19; cf. Widmaier, *NStZ* (1995), 362.
492. Cf. Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 78 nm. 1.
493. *BGHSt* 24, 262, 265.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

concede una amnistía para determinados delitos, crea una causa de eliminación de la pena. Sin embargo, quien se beneficia de ella no tiene por lo general derecho a una absolución (excepciones en leyes de amnistía), sino que debe aceptar que el proceso no sea iniciado o sea clausurado (sobreseído). La gracia, en cambio, como condonación de pena otorgada por el ejecutivo da origen en el caso concreto a un impedimento de ejecución (§ 452).

9. Instancia de persecución penal

(19) Si la instancia de persecución penal no es presentada (cf. *supra* § 8 nm. 8 s.), existe un impedimento procesal. Dicho impedimento es solo provisorio si el plazo para presentar la instancia de persecución penal está aún vigente. Recién será definitivo, cuando esta ya no puede ser presentada o cuando fue retirada una instancia de persecución penal ya presentada. La misma función tiene la petición de pena de la autoridad (§ 104a StGB) o bien la autorización de la autoridad (p. ej. §§ 90, inc. 4.º; 194 inc. 4.º; 353a, inc. 2.º StGB). En algunos delitos, la fiscalía puede suplir la instancia de persecución penal si ella alega un interés público especial en la persecución penal (p. ej., §§ 230, 303c StGB).

10. Decisión con carácter de cosa juzgada

(20) Si la pretensión punitiva está agotada a causa de una decisión con autoridad de cosa juzgada en el mismo asunto, el imputado no puede ser penado otra vez por el mismo hecho (*ne bis in idem*, art. 103, inc. 3.º GG). En ese caso, ya no tiene sentido un proceso con la meta de lograr una sentencia de mérito y ha de concluirse con un sobreseimiento. La oposición de cosa juzgada es un impedimento procesal. En cuanto a la aplicación del principio *ne bis in idem* con respecto a decisiones judiciales extranjeras, véase *infra* § 32 nm. 13.

11. Litispendencia

(21) Por las mismas razones, un proceso debe ser sobreseído cuando se advierta que ya ha sido trabada la litispendencia sobre el mismo asunto en otro tribunal, es decir, cuando fue admitido para el juicio oral a través de un auto de apertura.[494] Según el principio de prioridad se decide a favor de la continuación del proceso más antiguo.

12. Acusación

(22) Una acusación eficaz es un presupuesto procesal. Una acusación es ineficaz solamente si fracasa su función de delimitación (v. *supra* § 12 nm. 40).[495] Si

494. *BGHSt* 22, 232; cf. *supra* § 12 nm. 41.
495. *BGHSt* 40, 44 s.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

la fiscalía se niega a mejorar su acusación, el tribunal debe rechazar la apertura del procedimiento principal (§ 204). Según la opinión mayoritaria, los defectos en la función de información pueden ser subsanados por el tribunal a través de advertencias.[496]

13. Auto de apertura

(23) *a*) Cuando falta el auto de apertura, el proceso debe ser sobreseído por medio de una sentencia a causa de un impedimento procesal (§ 260, inc. 3.º). Sin embargo, la doctrina mayoritaria opina que el auto de apertura aún puede ser emitido durante el juicio oral.[497] Si el acusado y el defensor están de acuerdo y no exigen, luego de la advertencia, una interrupción del juicio oral (§§ 217, 218), el proceso puede continuar inmediatamente. A favor de ello habla que, según la opinión aquí defendida, el sobreseimiento del proceso no impide a la fiscalía volver a presentar una acusación; el impedimento procesal de la «falta de auto de apertura» es subsanable. Sin embargo, en contra de ello habla la importancia del auto de apertura: el tribunal, ante el cual se presenta una acusación, no debería poder pasar fácilmente al orden del día (del juicio oral), sino que debería reflexionar y decidir sobre la admisión de la acusación. La doctrina mayoritaria sacrifica este elemento esencial de la formalidad del proceso en pos de la pura economía procesal.

b) En caso de un auto de apertura defectuoso, todo depende del tipo de defecto. Dado que con esta decisión se admite la acusación, puede tratarse de defectos que afectan ya al escrito de acusación. En esta primera categoría de, por así decirlo, defecto arrastrado, accesorio, ha de diferenciarse, como en el caso de la acusación, entre la función de delimitación y la función de información. Solamente en el primer caso, en el cual permanece incierto qué hecho debe ser debatido, el auto de apertura resulta ineficaz.[498] Defectos en la función de información pueden ser subsanados en el juicio oral. La segunda categoría de defectos consiste en aquellos añadidos durante el procedimiento intermedio.

> **Ejemplos:** El auto de apertura no fue firmado por el número de jueces requerido por la ley, pero de las declaraciones oficiales se desprende que solo dos de los jueces que participaron en la decisión no firmaron por un simple descuido (auto de apertura eficaz).[499] Otro criterio —¡auto de apertura ineficaz!— debe aplicarse si el auto no está firmado en absoluto (y no puede excluirse) que un mero borrador se haya introducido inadvertidamente en el curso de la discusión.[500] Ha intervenido un juez excluido (§ 22, n.º 2).[501]

496. Cf. *BGHSt* 40, 224; *StV* (1998), 66; Beulke/Swoboda (2020), nm. 285; de otra opinión, p. ej., OLG Düsseldorf, *StV* (1997), 10.
497. *BGHSt* 29, 224; *StV* (1998), 66; Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 203 nm. 4 con referencias adicionales.
498. BGH, *NStZ* (1985), 464.
499. BGH, *NStZ-RR* (2012), 117.
500. Cf. OLG Frankfurt, *JR* (1992), 348.
501. Según el *BGHSt*, 29, 351 no es un defecto de importancia; en contra, con razón, *Nelles, NStZ* (1982), 96, 102.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

La casuística es segmentada; falta un hilo conductor.

V. PRESUPUESTOS PROCESALES, DEFECTOS PROCESALES Y DERECHO CONSTITUCIONAL

(24) Los presupuestos procesales analizados hasta ahora abarcaron «presupuestos» como la jurisdicción, la competencia, etc., así como circunstancias relativas a la persona del imputado (p. ej., inmunidad, capacidad para estar en juicio) o al asunto mismo (p. ej., decisión que hace cosa juzgada). Los defectos procesales, en principio, no conducen a que el proceso deba terminar con un sobreseimiento. Ellos son subsanables durante el proceso o, si permanecen, hacen que la sentencia sea impugnable por defectuosa (casación). La vieja idea de que los defectos procesales especialmente graves podrían conducir a la «nulidad» del proceso, no se corresponde con el sistema de la StPO. Sin embargo, las discusiones sobre los presupuestos procesales de la acusación y del auto de apertura han mostrado que también hoy se derivan impedimentos procesales de defectos procesales graves. Los casos restantes son muy controvertidos. Aquí se trata de la cuestión de si pueden derivarse impedimentos procesales directamente de la Constitución, sin respaldo en la StPO.

Del sistema de la StPO es posible vislumbrar dos directivas para la solución de este problema.

(25) 1. Es típico de los presupuestos procesales que su ausencia haga terminar el proceso «sin peros». En principio, su diseño los hace ajenos a la ponderación.[502] La doctrina mayoritaria formula estas ideas del siguiente modo: los impedimentos procesales se conectan a circunstancias fácticas y deben poder ser constatados sin valoración.[503] Esto no es completamente correcto. Muchos impedimentos procesales, por ejemplo, la cosa juzgada o la acusación ineficaz presuponen argumentos valorativos. Solamente es importante que la valoración sea evidente e inequívoca. Con esto se relaciona:

(26) 2. Los presupuestos procesales no pueden ser derivados del curso anterior de un proceso penal (la doctrina mayoritaria no ha adoptado aún esta regla expresamente).

Casos concretos

1. Duración excesiva del proceso

(27) Los procesos penales deben ser conducidos de manera rápida. Este principio de celeridad tiene rango constitucional (art. 20, inc. 3.º GG; art. 6, inc. 1.º, 1.ª oración CEDH). Anteriormente y por mucho tiempo, el BGH sostuvo la

502. Volk, *StV* (1986), 36; cf. ya *supra* nm. 4.
503. *BGHSt* 24, 239; 32, 345, 351 s.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

posición de que la compensación por un retraso procesal contrario a la idea del Estado de derecho habría de llevarse a cabo en la medición de la pena; por lo tanto, a través de la prescindencia de pena, sobreseimiento conforme al § 153, suspensión condicional de la ejecución de la pena o atenuación de la pena.[504] Ahora, la Gran Sala del BGH ha reemplazado esta «solución de descuento de pena» por el «modelo de ejecución». En la formulación de la sentencia tiene que expresarse «que como indemnización por la duración excesiva del proceso una parte cuantificada de la pena vale como ejecutada».[505] Así, el sistema de las consecuencias jurídicas puede ser conservado de manera intacta y en el resultado la pena puede incluso quedar por debajo de la pena mínima.[506]

En la literatura se sostiene ampliamente que la excesiva duración del proceso representaría un impedimento procesal.[507] También el BVerfG ha calificado, en casos extremos, la continuación del proceso penal como no tolerable desde el punto de vista del Estado de derecho.[508] Sin embargo, en contra de un impedimento procesal habla que una prohibición de continuar con el proceso no debería derivarse del proceso seguido hasta entonces, y debería determinarse por medio de una ponderación entre la gravedad del reproche, el esfuerzo de investigación justificable y la duración del proceso en el caso concreto. Sin embargo, el BGH[509] había aceptado un impedimento procesal para casos concretos excepcionales de un retardo procesal contrario al Estado de derecho, cuando «mediante una apreciación global exhaustiva ya no es posible considerar adecuadamente la infracción en el marco de la decisión sobre el asunto» y había obligado al juez del hecho a alegar todas las circunstancias fácticas relativas al curso y pronóstico del proceso, la medida de la culpabilidad y la apreciación global. Esto no es compatible con la estructura básica de los impedimentos procesales (cf. *supra* nm. 4). Ellos se caracterizan por el hecho de que el proceso abierta e inequívocamente resulta «frustrado» y, por lo tanto, no es necesaria ninguna ponderación.[510]

---

504. *BGHS*t 21, 81; 45, 308; BGH, *StV* (1997), 408. Sobre esta compensación BGH, *NStZ* (2006), 346 con una crítica justificada al BVerfG.
505. *BGHSt* 52, 124; BGH, *NJW* (2018), 2062 sobre la ejecución en los procedimientos penales a menores.
506. Obsérvese también la queja sobre un retraso creada por el legislador en 2011 en el art. 199 de la GVG, con la que el legislador reaccionó a la decisión de supervisión del TEDH (*NJW* [2010], 3355) sobre la ausencia de un recurso legal específicamente relacionado con los procedimientos excesivamente largos. La queja sobre la demora o la pretensión de una indemnización material e inmaterial perseguida con ella se vuelve sobre todo relevante en los procedimientos (demasiado largos) que terminan finalmente con una absolución (más detalladamente Ambos (2018), § 10 nm. 32).
507. P. ej., Roxin (2004); Schroth, *NJW* (1990), 29.
508. BVerfG, *NStZ* (1984), 128; *StV* (1993), 352; de un modo precursor el TEDH, *EuGRZ* (1983), 371; (2001), 299 ss.
509. *BGHSt* 46, 159; BGH, *NStZ* (2005), 445 («no cualquier mínimo retraso es contrario al Estado de derecho»).
510. El control judicial de constitucionalidad bajo el aspecto de la proporcionalidad penetra demasiado profundamente en la competencia de los tribunales especializados, como muestra claramente el BVerfG, *NStZ* (2004), 335; crít., con razón, Foth, ob. cit., 337; aún más crudo BVerfG, *NStZ* (2005), 456 con nota divergente de Foth, ob. cit., 457.

2. Provocación del hecho (*agent provocateur*)

(28) Existen argumentos a favor de no asumir un impedimento procesal en aquellos casos de motivación inadmisible a alguien que es proclive a cometer el hecho (cf. *supra* § 10 nm. 4), en los cuales es el Estado mismo (actuando a través de sus agentes) el que provoca la culpabilidad en otro. Pues, aunque una solución radical de este tipo tendría el deseable efecto preventivo general de inutilizar tales acciones desde un principio, no es compatible con las directivas aquí subyacentes (*supra* nm. 25 s.). Los impedimentos procesales no son sanciones frente a una conducta procesal errónea. La idea de una «pérdida de la pretensión punitiva» es mejor en cuanto a su enfoque. Ella apunta en la dirección de una absolución. Pero a pesar de toda influencia, la víctima de la manipulación sigue dominando sus resoluciones y es responsable por el hecho. Por ello, es preferible una solución flexible. En consecuencia, durante mucho tiempo la línea de la jurisprudencia fue que la coculpabilidad del Estado debe ser valorada en la medición de la pena.[511]

Sin embargo, en el caso «Furcht», relativo a Alemania, el TEDH declaró que el art. 6 inc. 1.º del CEDH exige que los medios de prueba provenientes de una provocación inadmisible del hecho «sean excluídos o que de algún modo sean proporcionados resultados similares».[512] La Segunda Sala Penal del BGH había seguido este enfoque,[513] apartándose expresamente de la solución de la determinación de la pena y adoptando la posición de que la provocación de un hecho contrario al Estado de derecho suele ser un impedimento para el procedimiento.[514] Aunque la Primera Sala Penal había adoptado poco antes el punto de vista opuesto.[515] También el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) se distanció de la decisión del TEDH sobre el caso «Furcht» y adoptó la posición de que la solución de la determinación de la pena no es, al menos en principio, incompatible con las exigencias del TEDH.[516] El impedimento procesal se deriva «solo en casos extremadamente excepcionales del principio del Estado de derecho»;[517] sin embargo, en el futuro tendría que considerarse al menos la prohibición de valoración con respecto a «las pruebas obtenidas directamente mediante la provocación de un hecho que sea contrario al estado de derecho».[518]

---

511. *BGHSt* 33, 356; BGH, *NStZ* (1994), 289; (1995), 506.
512. EGMR, *NJW* (2015), 3631, 3635; sobre la decisión «Furcht», p. ej., Sinn/Maly, *NStZ* (2015), 379 y sobre la totalidad Ambos (2018), § 10 nm. 33.
513. *BGHSt* 60, 276, 290 («la debida consideración a la jurisprudencia del TEDH»).
514. *BGHSt* 60, 276, 290 ss.
515. *BGHSt* 60, 238, 240 s. Se omitió la remisión a la Gran Sala, ya que la Segunda Sala no conocía aún la decisión de la Primera Sala y las declaraciones de la Primera Sala no eran pertinentes para su decisión, ya que no suponía que se hubiera cometido la provocación del hecho (*BGHSt* 60, 276, 301).
516. BVerfG, *NJW* (2015), 1083, 1085.
517. BVerfG, *NJW* (2015), 1083, 1084; seguido por la Quinta Sala Penal: BGH, *StraFo* (2019), 17, 18; véase aquí Conen, *StV* (2019), 358, 359 s.
518. BVerfG, *NJW* (2015), 1083, 1086.

3. Principio de proporcionalidad

(29) El BVerfG[519] ha derivado un impedimento procesal del principio de proporcionalidad en relación con los procesos penales contra ciudadanos de la RDA que habrían cumplido tareas de espionaje para esta. La decisión contradice todo lo que es derecho procesal penal y solo puede ser concebida como un acto político: en lugar de los legisladores, son los jueces quienes aprueban una amnistía.[520]

4. Principio del Estado de derecho y proceso leal

(30) Todo defecto procesal es una infracción al principio del Estado de derecho. De la sola gravedad del error no puede concluirse el surgimiento de un impedimento procesal. El sobreseimiento del proceso no está pensado como sanción. El recurso de casación procura que los defectos puedan ser revisados en una nueva audiencia. Incluso, según la concepción de la StPO, los defectos más graves son solo revisables, pero no irreversibles. Por ello, no se genera un impedimento procesal, cuando

– el imputado es precondenado públicamente a causa de una equivocada política de prensa de las autoridades judiciales,[521]
– la fiscalía se aprovecha de la circunstancia de que el acusado se encuentra en el juicio oral para realizar un registro ilegal de su celda,[522]
– las autoridades de investigación han manipulado prueba,[523]
– la fiscalía no se ha atenido a la «promesa» de no perseguir un hecho,[524]
– la fiscalía ha tomado conocimiento del borrador de la defensa del acusado.[525]

En caso de una violación del principio del proceso leal también hay posibilidades jurídico-materiales de compensación: «Pues, la lesión del principio del proceso leal solo puede fundar un impedimento procesal si no existe ninguna posibilidad de compensar esa infracción a través de medidas procesal-penales y/o de configurar la consecuencia jurídica de tal manera que el proceso en su conjunto aparezca aún como justo».[526]

Complicada y controvertida es la cuestión de si surge un impedimento procesal cuando el acusado es detenido en territorio extranjero en contra del derecho internacional y es llevado a Alemania infringiendo el derecho de extradición.[527]

---

519. BVerfGE 92, 277.
520. Con más detalle Volk, *NStZ* (1995), 367; Bartlsprenger, *DVBl.* (1995), 345.
521. Cf. Hassemer, *NJW* (1985),1927.
522. OLG Karlsruhe, *StV* (1986), 10; Volk, *StV* (1986), 34.
523. De otra opinión, LG Hannover, *StV* (1985), 94.
524. *BGHSt* 37, 10.
525. BGH, *NStZ* (1984), 419 con una nota crítica de Gössel; con todo, los documentos de defensa no pueden ser valorados en contra de su voluntad, BGH, *NStZ* (1998), 309.
526. BGH, *NStZ* (2008), 416, 417.
527. Cf. BVerfG, *NJW* (1986), 1427; 3021; BGH, *NStZ* (1984), 563.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Casos y preguntas

91. ¿Qué presupuestos procesales conoce?
92. Durante el proceso se pone de manifiesto que ya no se puede constatar de manera segura si el hecho discutido ya está prescrito o no. ¿Qué se debe hacer?
93. El LG ha condenado a M, L y K con sentencia del 29 de diciembre de 2011 por administración desleal continuada cometida conjuntamente y por defraudación tributaria. En contra de esta sentencia, pronunciada el 29 de diciembre de 2011 y comunicada a los defensores en agosto de 2012, se dirigen los recursos de casación del acusado presentados oportunamente y motivados conforme a las formas. La última motivación de casación fue presentada en septiembre de 2012 ante el LG Frankfurt. El Procurador General Federal recién presentó en junio de 2017 las actuaciones a la Sala para que decidiera sobre los recursos de revisión. No existen motivos para el retraso de casi cinco años. ¿Cómo resolverá el BGH?

Comentarios desde la perspectiva española

En relación con los presupuestos procesales hay que señalar que se entiende por tales las «circunstancias o elementos que deben concurrir para que pueda estimarse que se ha constituido válidamente la relación que es el proceso», de modo que sin un presupuesto no puede dictarse sentencia sobre el fondo del asunto.[528] Por otra parte, los requisitos procesales serán los elementos que han de concurrir en cada acto para que el mismo se realice válidamente. Hay que destacar que en la legislación procesal penal española no existe un tratamiento específico de todos los presupuestos procesales, por ello la normativa que existe al respecto es muy deficiente.

En el ordenamiento jurídico español están previstos como artículos de previo pronunciamiento o excepciones procesales las siguientes: 1.ª La de declinatoria de jurisdicción, 2.ª La de cosa juzgada, 3.ª La de prescripción del delito, 4.ª La de amnistía o indulto, y 5.ª La falta de autorización administrativa para procesar en los casos en que sea necesaria, con arreglo a la Constitución y a leyes especiales (art. 666 Lecrim). En cuanto al plazo para proponer alguna de estas cuestiones, estas podrán plantearse en el término de tres días, a contar desde el de la entrega de los autos para la calificación de los hechos (art. 667 Lecrim).

---

528. Gómez Colomer y Barona Vilar (2021a, 291).

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

I. DECLINATORIA DE JURISDICCIÓN

El art. 4 LOPJ establece que «la jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español, en la forma establecida en la Constitución y en las leyes» entendiéndose incluidos los tratados y convenios ratificados por España.[529] Por otra parte, en el art. 9.3 LOPJ se atribuye a los juzgados el conocimiento de las causas y juicios criminales con excepción de los que correspondan a la jurisdicción militar. Para poder acotar los límites de la jurisdicción penal española, debemos considerar el art. 23 LOPJ y los arts. 46 y 47 Lecrim. No podemos olvidar la excepción[530] que suponen los supuestos de inviolabilidad penal previstos en la Constitución española, es decir, la irresponsabilidad del Rey (art. 56.3 CE) y la inviolabilidad parlamentaria (art. 71.1 CE). Además, los tribunales españoles tampoco podrán juzgar a determinadas personas extranjeras, como los jefes de Estado, embajadores o diplomáticos, de conformidad con la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963. Los menores de edad también estarán exentos de responsabilidad penal.[531]

Los tres criterios de atribución de la jurisdicción en el orden penal son:

a) Exclusividad: los tribunales españoles del orden penal tendrán jurisdicción para conocer de todo delito cometido en territorio español o a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte.

b) Universalidad: que se refiere al principio de jurisdicción universal que permite el ejercicio de la jurisdicción penal española cuando se trate de crímenes internacionales (art. 23.4 LOPJ); y

c) General: si no concurren los dos criterios anteriores, debemos tener en cuenta que los tribunales españoles tendrán jurisdicción en los siguientes supuestos: 1) los hechos punibles han sido cometidos por españoles en el extranjero si se cumplen las condiciones del art. 23.1 LOPJ (denuncia o querella de parte); 2) hechos punibles muy graves cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio español enumerados en el art. 23.3 LOPJ, por tratarse de delitos que afectan gravemente a los intereses del Estado, como los delitos contra la Corona, falsificación de moneda o delitos de sedición y rebelión.[532]

Los actos realizados con manifiesta falta de jurisdicción serán considerados nulos de pleno derecho. El control de este presupuesto se realizará de oficio por el tribunal o a instancia de parte mediante la declinatoria. La declinatoria se planteará como una cuestión de previo pronunciamiento (art. 45 Lecrim), debiendo resolverse por el tribunal antes que las demás (art. 674 Lecrim).

529. Gómez Colomer y Barona Vilar (2021a, 114).
530. Gómez Colomer y Esparza Leibar (2009).
531. En cuanto a la responsabilidad penal de los menores, v. Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
532. Gómez Colomer y Barona Vilar (2021a, 115-116).

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Por otra parte, la competencia en el orden penal se rige por tres criterios diferentes: objetivo, funcional y territorial. Desde el punto de vista objetivo, se distribuye la competencia atendiendo a un doble criterio (cuantitativo, en función de la gravedad de la pena que lleva aparejada el delito y cualitativo, que se refiere a la persona del imputado). En cuanto al criterio funcional se considera que el juez o tribunal conocerá no solo del pleito principal, sino también de los posibles incidentes y excepciones que deban resolverse en el curso del procedimiento y nos permitirá dilucidar qué órgano jurisdiccional va a conocer de un asunto dependiendo de las distintas fases, instancias e incidentes procesales. Por último, el criterio territorial, delimitará el fuero principal que alude al lugar de comisión del delito o delito leve y unos fueros subsidiarios en su defecto (arts. 14 y 15 Lecrim).

Si se declara haber lugar a cualquiera de las excepciones comprendidas en los números 2.º, 3.º y 4.º mencionados supra y previstos en el art. 666 Lecrim, el órgano jurisdiccional dictará un auto de sobreseimiento libre, que ordenará poner en libertad al procesado o procesados que no estén presos por otra causa (art. 675 Lecrim).

II. COSA JUZGADA

Puede denunciarse como artículo de previo pronunciamiento (art- 666. 2.ª Lecrim).

III. PRESCRIPCIÓN DEL DELITO

Los plazos de prescripción del delito aparecen contemplados en los arts. 131 y 132 CP. Se configura como un presupuesto penal y procesal, ya que el proceso no se ha realizado y sin embargo ha transcurrido el plazo para poder ser enjuiciado el investigado. Existen una serie de delitos que no prescriben previstos en el art. 131.3 CP (lesa humanidad, genocidio, delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado y terrorismo con resultado de muerte).[533] Es conveniente advertir, que, aunque se configura como artículo de previo pronunciamiento, la prescripción se puede alegar en cualquier fase del proceso.[534]

IV. AMNISTÍA E INDULTO

El ordenamiento jurídico español reconoce dos manifestaciones del derecho de gracia. La amnistía que elimina tanto el delito como la pena, con todos sus efectos salvo los relativos a la responsabilidad civil, haya sido juzgado o no el beneficiado

533. Gómez Colomer y Barona Vilar (2021b, 386).
534. STC 11/2004, de 9 de febrero.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188
Índice

por ella. El indulto,[535] que únicamente borra la pena impuesta o por imponer (art. 62 i) CE, ley de 18 de junio de 1870 y decreto de 22 de abril de 1938.

V. FALTA DE AUTORIZACIÓN PARA PROCESAR A UN FUNCIONARIO

Este artículo de previo pronunciamiento es particular del sistema judicial español, de modo que puede entenderse aplicable a la necesidad de obtener el suplicatorio del parlamentario.

VI. CAPACIDAD

La persona que comparece como parte pasiva en el proceso penal debe ser una persona física viva, pues el fallecimiento extingue tanto la acción como la responsabilidad penal (arts. 115 Lecrim y art. 130.1 CP). Para considerar que una persona tiene capacidad procesal será necesario que la persona además de comprender y ser consciente de la investigación y acusación contra ella formulada, puede además ejercitar derechos procesales como parte. Es preciso no obstante matizar dos casos concretos: en primer lugar, en el caso de que se trate de un menor de dieciocho años (art. 19 CP), puede actuar válidamente en el proceso y solicitar la inhibición de los órganos que conocen de la causa a favor de los juzgados de Menores (art. 779.1.3 Lecrim). En el supuesto de que se trate de enajenación, intoxicación plena y grave alteración de la realidad (arts. 20.1, 2 y 3 CP) se les considera incapaces en el proceso penal y adolecen de la posibilidad consciente de participar en el proceso como sujeto de derechos. Hay que distinguir no obstante dos diferentes situaciones dependiendo del momento en el que se produzca ese estado que le impide poseer plena capacidad. La primera posibilidad apunta a la situación en la que la persona comete el delito bajo esas condiciones de alteraciones psíquicas y se comienza una investigación contra ella. En este caso, se debe aportar el correspondiente informe médico, para que se ponga fin al procedimiento mediante un auto de sobreseimiento libre debido a la exención de responsabilidad penal (art. 637.3 Lecrim). Sin embargo, en la práctica jurisprudencial se aprecia la necesidad de exigir (art. 101 CP) la apertura del juicio oral, que requiere la aplicación de la sentencia que imponga la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado o cualquiera de las otras medidas del art. 96 CP. La segunda circunstancia está prevista para los casos en los que la situación mental del sujeto pasivo fue sobrevenida tras la comisión del delito, de modo que podrá *a*) ordenarse el archivo de las actuaciones hasta que el investigado recobre su estado mental (art. 383 Lecrim); *b*) Si se produce durante el juicio oral, se procederá a la suspensión del mismo (art. 746.5 Lecrim). En ambos supuestos se podrán adoptar las medidas mencionadas *supra*.[536]

535. Sobre la información de los indultos en el ordenamiento jurídico español, v. CIVIO.
536. Gómez Colomer y Barona Vilar (2021b, 100).

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Capítulo 15. Los actos procesales

(1) El concepto de actos procesales, proveniente de los años fundacionales de la StPO, representa un intento de acentuar el carácter científico de la doctrina de derecho procesal a través de conceptos superiores abstractos, comparables con las categorías fundamentales del derecho civil de relaciones jurídicas, declaración de voluntad, etc. En realidad, el concepto de actos procesales no es necesario en derecho procesal penal. Las reglas generales, en las cuales este concepto se exterioriza, son quebradas por medio de excepciones que son más importantes que la regla misma.[537]

> **Ejemplo**: Los «actos procesales son ajenos a la condición». Esto no es cierto en relación con los requerimientos de prueba (y algunas otras manifestaciones). Esta excepción es prácticamente lo principal y tiene más importancia que la regla.

Algunas cuestiones generales, que solo emergen en determinados ámbitos de la regulación, están vinculadas con la figura jurídica del acto procesal. Las cuestiones apuntan a la impugnación y revocación, las formas y los plazos. Los ámbitos de la regulación en los cuales ellas serán importantes son especialmente los de los requerimientos de prueba, los recursos y los acuerdos. Al tratar esos temas se volverá sobre problemas concretos de los actos procesales; aquí solamente serán presentados sus fundamentos.

I. EL CONCEPTO

(2) Según la definición casi tautológica de la doctrina mayoritaria, los actos procesales son actos de un interviniente en el proceso con relevancia procesal. Los actos no procesales serían puras manifestaciones de conocimiento, esto es, declaraciones de imputados, testigos y peritos (y esto también es controvertido). Los testigos y peritos no son, por lo demás, intervinientes en el proceso, porque ellos no actúan como sujetos procesales con poder de configuración, sino que son medios de prueba.

537. Sobre esta clase de construcción teórica *Volk*, FS Schüler-Springorum (1993), 505.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

(3) Por lo demás, como acto procesal entra en consideración todo lo que sucede en el proceso: decisiones, manifestaciones, solicitudes; incluso actos materiales.[538]

II. PRESUPUESTOS

(4) El interviniente en el proceso que realiza el acto procesal debe tener capacidad de acción. Los detalles dependen del rol en el proceso. En el caso del imputado, lo que interesa es la capacidad para estar en juicio (cf. *supra* § 14 nm. 16), en el caso del defensor y del representante de la fiscalía la capacidad procesal.

III. DEFECTOS

1. Error

(5) Los actos procesales no pueden ser impugnados con el argumento de que alguien se habría encontrado en un error sobre el contenido de la manifestación o que se habría incurrido en un error de motivación.[539] La opinión dominante señala que la «naturaleza de derecho público del proceso exige la validez incondicional de la manifestación».[540]

Argumentaciones apodícticas de este tipo merecen siempre la mayor de las desconfianzas. Es correcto que en un proceso siempre se debe saber «dónde uno está parado». La retroactividad de una impugnación (§ 142 BGB) no se lleva bien con el *procedere*, con el cambio de la situación procesal. Sin embargo:

(6) «La exigencia de justicia fuerza a hacer excepciones a la validez incondicionada de las manifestaciones recursivas y a la inobservancia de principio de un defecto de voluntad comprobado».[541]

A primera vista, parece que es posible orientarse por el § 136a. Sin embargo, esta disposición, establecida para la valoración de las declaraciones, no puede ser trasladada sin modificaciones al problema, completamente diferente, de qué actos procesales deben respetarse. En definitiva, «sobre si razones de justicia preponderantes deben reclamar prioridad sobre el punto de vista de la seguridad jurídica» decide «la clase de defecto de la voluntad y su surgimiento».[542]

(7) De ello no es posible derivar reglas firmes, sino solo directivas. Si fue el propio tribunal el que ha conducido a error al acusado, la impugnación deberá ser admitida;[543] si fue el defensor quien lo informó equivocadamente, y el tribunal no lesionó su deber de asistencia, el error cae en la esfera de riesgo del acusado.[544]

---

538. P. ej., la presentación de actuaciones, *BGHSt* 26, 384, 386.
539. BGH, *NStZ* (2005), 582.
540. *RGSt* 57, 83 para las manifestaciones recursivas.
541. *BGHSt* 17, 14, 18. Sobre el problema de la renuncia al recurso en caso de acuerdos v. *infra* § 30 nm. 6.
542. *BGHSt* 17, 14, 18.
543. *BGHSt* 45, 51; 46, 257.
544. Sobre un acuerdo fracasado BGH, *StV* (1988), 372; cf. *infra* § 30 nm. 8.

2. Amenaza, coacción

(8) Incluso una amenaza estatal no lleva siempre a la impugnabilidad.

> **Ejemplo**: Como el acusado, tras el pronunciamiento de la sentencia, no renuncia inmediatamente al recurso, la fiscalía solicita «indebidamente» una orden de detención; luego, el acusado renuncia al recurso.[545]

Esa amenaza tendría que ser soportada, porque el juez competente, como es de esperar, probablemente no habría dictado la orden de detención.

Por otro lado, una amenaza o coacción de parte de terceros debe admitir un motivo de impugnación en casos graves:

> **Ejemplo:** El acusado, miembro de una organización criminal, había declarado falsamente según el encargo recibido, encubriendo con ello a los demás miembros y provocando su condena. Ahora, ya no ve por qué debe ofrecer su cabeza e interpone un recurso. Bajo el efecto de una amenaza de muerte lo retira. Esa manifestación debe ser impugnable.

3. Acuerdos inadmisibles

(9) Los acuerdos inadmisibles pueden hacer ineficaces las manifestaciones procesales, especialmente la renuncia al recurso (cf. *infra* § 30 nm. 6).[546]

IV. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

1. Ineficacia

(10) Hasta aquí, análogamente a la doctrina de la manifestación de la voluntad, se ha hablado de «impugnabilidad». Considerado de manera más precisa, los actos procesales respecto de los cuales la influencia de error amenaza o coacción es relevante por razones de justicia, son *ineficaces*.[547]

> **Ejemplo:** El juez del hecho amenaza con la detención en caso de que el acusado no confiese y en lugar de ello presente un requerimiento de prueba que obligaría a la suspensión del juicio oral.[548]

El acusado puede hacer valer esta ineficacia. Sin embargo, ella también puede ser constatada de oficio, si el tribunal conoce las circunstancias.

545. *BGHSt* 17, 14.
546. *BGHSt* 45, 51.
547. *BGHSt* 46, 257.
548. BGH, *NStZ* (2005), 279. En caso de otra valoración del ejemplo de *BGHSt* 17, 14 (*supra* nm. 8) la consecuencia sería asimismo la ineficacia.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Por lo demás, un acto procesal solamente es ineficaz, cuando no produce según la ley ninguna consecuencia jurídica.

> **Ejemplo:** La integración del tribunal es comunicada al acusado y no, como está prescrito (§ 222a, inc. 1.º, 2.ª oración), al defensor.

2. Nulidad

(11) Las sentencias, los autos y decretos del tribunal nunca son ineficaces, sino solamente impugnables a través de medios de impugnación. La doctrina mayoritaria lo ve de manera diferente. Ella traslada la teoría de la evidencia del derecho público (§§ 44, 46 VwVfG) a las decisiones judiciales y las considera *nulas*, cuando existe un «defecto de tal gravedad y notoriedad que considerando los intereses de seguridad jurídica y paz jurídica simplemente sería insoportable desde el punto de vista de la justicia que una sentencia así formada sea reconocida y dejada vigente como fallo judicial obligatorio, dotado de autoridad estatal, logrado en un proceso conforme con las formas jurídicas».[549]

Las barreras para la nulidad son, como puede imaginarse, altas. Por eso, la mayoría de los ejemplos que se suelen dar siguen siendo teóricos:

El juez impone la pena de garrote. Ciudadanos encolerizados constituyen un «tribunal especial» y «condenan» al «acusado».

En el segundo caso, no existe una sentencia. En el primer ejemplo, la sentencia será considerada no ejecutable (§ 458) y casada en el procedimiento recursivo.

(12) La nulidad de una sentencia ha de ser constatada formalmente, aun cuando el defecto sea evidente («esté escrito en la frente»).[550] La alternativa es la peor solución, porque, todos podrían darla por evidente (para seguir con la misma metáfora, todos podrían considerarla escrita en la frente) y la decisión podría convertirse en nula. Además, la opinión dominante se ve confrontada con el problema de los casos límite, difícil de superar.

> **Ejemplo:** Rápidamente se discute si una sentencia definitiva, que decidió por segunda vez un asunto con violación del principio *ne bis in idem*, es nula.[551] Este defecto debe ser hecho valer, como siempre, en un proceso formal. Para ello, están a disposición la revisión del proceso (§ 359, núm. 5 – el descubrimiento de la nueva sentencia es una nueva circunstancia fáctica), la queja constitucional y el control del § 458.

También es discutible si el Tribunal Superior Estadual de Múnich tenía razón al suponer que es nula una sentencia «(basada) en un acuerdo informal entre el tribunal, la fiscalía y la defensa, en el que deliberadamente se ignoraron todas las reglas básicas de forma y contenido de un acuerdo permisible de terminación del proceso».[552] Pues aunque el Tribunal Superior Estadual critica de forma drástica

549. *BGHSt* 33, 126, 127; OLG München, *NJW* (2013), 2371, 2375; ligeras dudas respecto de la doctrina mayoritaria en BGH, *NStZ* (2009), 579.
550. De otra opinión, Roxin/Schünemann (2017), § 52 nm. 25 ss.
551. Dentro de límites estrechos de manera afirmativa BGH, *NStZ* (1984), 279.
552. OLG München, *NJW* (2013), 2371, 2376.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

la celebración del acuerdo informal inadmisible, se pregunta (en vista de los problemas inherentes al acuerdo) si realmente hubo un caso que «se sale "del marco" de una forma flagrante».[553]

Incluso la «contrariedad palpable a la ley» no es motivo para reconocer una «queja extraordinaria».[554]

V. ABUSO Y PÉRDIDA DEL DERECHO

(13) Los derechos procesales no pueden ser empleados para finalidades jurídicamente desaprobadas.[555] La opinión dominante acepta una prohibición general de abuso, aunque la StPO no contiene una cláusula general en este sentido.[556] En todo caso, solamente son ineficaces los actos procesales que infringen una prohibición concreta. Por lo demás, estos pueden ser solamente inadmisibles.

VI. REVOCACIÓN

(14) En relación con la cuestión de si los actos procesales son revocables la respuesta resulta a veces de la ley y a veces de la consideración general de si puede abandonarse un estadio procesal ya alcanzado y retrotraerse a un estadio anterior. El problema es incierto.[557]

1. Sentencias y autos

(15) Las *sentencias y mandatos penales* (cf. § 410, inc. 3.º) no son revocables. Contra los *autos* existe por lo general la queja simple (§ 304). Ella no tiene plazos y no detiene la marcha del proceso (§ 307). Por otra parte, el tribunal puede revocar y modificar sus autos, por ejemplo, debido a un cambio de las circunstancias. En pocos casos expresamente regulados los autos son impugnables solamente por medio de la queja inmediata, que ha de interponerse dentro de una semana (§ 311). Ellos deben tener estabilidad y por ello tampoco son revocables.

2. Decisiones y manifestaciones de importancia para el proceso

(16) En caso de decisiones y manifestaciones **de importancia para el proceso**, la misma consideración general de la estabilidad conduce a excluir la revocación.

553. Leitmeier, *NStZ* (2014), 690, 693.
554. *BGHSt* 45, 37.
555. Cf. Niemöller, *StV* (1996), 501.
556. *BGHSt* 38, 111; de otra opinión, R. Hamm, NJW (1993), 296; Kempf, *StV* (1996), 507; Kühne, *StV* (1996), 684; cf. también Widmaier, *NStZ* (1992), 513; HK-StPO/Julius, § 244 nm. 16.
557. Detalles en Meyer-Goßner/Schmitt (2021), Introducción nm. 112 ss.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Ejemplo: la decisión de apertura.

Lo mismo vale para manifestaciones con *efecto de clausura del proceso*.

Ejemplo: El retiro de la instancia de persecución penal (§ 77d StGB), de un recurso (§ 302), o también la renuncia a un recurso.[558]

3. Manifestaciones procesales simples

(17) Por lo demás, los actos procesales que carecen de tales efectos (*manifestaciones procesales simples*) pueden ser revocados.

Ejemplo: Requerimientos de prueba.

Si una decisión ya ha sido pronunciada (en el ejemplo, una decisión sobre la prueba), ella no se torna ineficaz por la revocación.

VII. FORMAS

(18) Fuera del juicio oral, las manifestaciones son presentadas en forma escrita; en el juicio oral, en forma oral. El § 32a permite ahora la transmisión electrónica de documentos, que estén provistos de una firma electrónica cualificada (inc. 3.º) y que se transmitan por un método de transmisión seguro (inc. 4.º). El § 32d, que entrará en vigor el 1.º de enero de 2022, establece la obligación de transmisión electrónica para los abogados.[559]

Ejemplo: No es suficiente que el defensor presente un requerimiento de prueba escrito para que sea agregado a las actuaciones. Él debe realizar la solicitud en forma oral (principio de oralidad).

Si un acto procesal está exento de formas, también puede tener lugar de manera tácita.

Ejemplo: El presidente pregunta si existe acuerdo para que el testigo sea liberado. Un asentimiento con la cabeza es suficiente.

(19) A diferencia del § 126, inc. 1.º BGB, la firma no pertenece a la *forma escrita*, ya porque en algunos casos la suscripción está prescrita especialmente (§§ 172, inc. 3.º, 2.ª oración; 366, inc. 2.º; 390, inc. 2.º). La forma escrita es satisfecha cuando del escrito se puede desprender qué manifestación se presenta y quién la presenta. Para esa identificación es suficiente un sello facsímil, inclu-

558. BGH, *NStZ* (1997), 148.
559. Meyer-Goßner/Schmitt (2020), § 32e nm. 1 ss.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

so el signo de dictado del abogado en un escrito con el encabezamiento de su despacho (también una firma escaneada en un archivo de texto).[560]

(20) La *suscripción* puede tener lugar solamente por medio de firma de propia mano.[561] Como manifestación escrita vale también el *telefax* (así como las extintas formas de comunicación de la carta telegráfica, el telegrama y el télex).

VIII. PLAZOS Y TÉRMINOS

1. Términos

(21) Un *término* es un punto en el tiempo en el cual o a partir del cual debe tener lugar una audiencia.

> **Ejemplo:** «El término para el juicio oral es fijado para el lunes 21 de septiembre de 2020, a las 9:00 horas, en la sala de audiencias 162».

2. Plazos

(22) Los *plazos* son períodos de tiempo dentro de los cuales algo debe suceder o no puede suceder.[562]

Ellos están regulados en la ley:

- plazos para recurrir, §§ 314, inc. 1.º; 317; 341, inc. 1.º; 345 inc. 1.º; 346, inc. 2.º, 1.ª oración; o son determinados por el juez;
- por ejemplo, plazo de la manifestación conforme al § 201, inc. 1.º, plazo para la prestación de caución en el proceso con acusador particular según el § 379, inc. 3.º.

La forma en la que son computados surge de los §§ 42, 43. Si el juez ha establecido un plazo, puede extenderlo a solicitud de parte o de oficio o, luego de su agotamiento, reestablecerlo. Si un plazo legal ha transcurrido, puede ser de ayuda la reposición al estado anterior.

3. Plazos de exclusión

(23) La reposición al estado anterior no es posible en caso de *plazos de exclusión*. Luego de su transcurso, el acto procesal es inadmisible y ya no puede ser practicado.

560. GmS-OBG, *NJW* (2000), 2340.
561. La representación es inadmisible, BayObLG, *NJW* (1991), 2095.
562. LR/Graalmann-Scheerer, comentario previo al § 42 nm. 1.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Ejemplo: La objeción de que una cámara penal especial es competente puede ser planteada por el acusado solo hasta el comienzo de su interrogatorio en el juicio oral, § 6a, 3.ª oración. Cf. además §§ 16, 3.ª oración; 25; 222b, 1.ª oración; 303, 1.ª oración; 388, inc. 1.º; 391, inc. 1.º, 2.ª oración; 439, inc. 2.º, 2.ª oración.

IX. REPOSICIÓN AL ESTADO ANTERIOR, §§ 44 SS.

1. Medio de impugnación

(24) Este *medio de impugnación* no es un recurso. La reposición al estado anterior no lleva el asunto a la instancia superior (efecto devolutivo, cf. *infra* § 34 nm. 1) y no tiene por objetivo hacer revisar una decisión. El hecho de que ya exista cosa juzgada (p. ej., porque se ha extinguido el plazo para recurrir), no se opone a la solicitud; precisamente, la cosa juzgada debe ser eliminada.[563]

2. Plazos

Los plazos se refieren a los plazos procesales de la StPO (cf. *supra* nm. 22) y no, por lo tanto, el plazo para presentar la instancia de persecución penal según el § 77, inc. 1.º, 1.ª oración StGB.[564]

3. Inobservancia del plazo

(25) No ha simplemente inobservado un plazo quien no lo quería cumplir en absoluto, no ha hecho uso conscientemente de un medio de impugnación sujeto a plazo y solo luego ha cambiado de opinión. A la inobservancia del plazo se equipara el caso de quien actúa en término, pero no ha cumplido con la forma prescrita.[565]

Ejemplo: En el procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública no se ha observado la disposición de forma en relación con la solicitud prevista en el § 172, inc. 2.º.

4. Culpa

(26) Es impedido *sin culpa* quien ha procurado todo el cuidado que le es posible y exigible. Solo por el hecho de que alguien vaya hasta el límite y actúe en el último momento, no se le debe reprochar culpa.[566]

563. Sobre la reposición al estado anterior cf. Saenger, *JuS* (1991), 842.
564. BGH, *NJW* (1994), 1165.
565. *BGHSt* 26, 235.
566. *BVerfGE* 69, 381, 385.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

(27) Sobre la *culpa de terceros* hay una rica casuística. Se puede confiar en que el correo no necesita más de un día.[567] Los errores de las autoridades judiciales no se deben imputar al afectado. La culpa del *defensor* no es la culpa del imputado.[568] El imputado no debe vigilar a su defensor. Sin embargo, si sabía que el defensor no era confiable o le era previsible que no respetaría el plazo, comparte la culpa y la reposición al estado anterior está excluida.[569] Respecto de otros intervinientes en el proceso que no se defienden de un reproche de culpabilidad (p. ej. acusador particular, acusador adhesivo), la doctrina mayoritaria deriva del § 85, inc. 2.º ZPO un principio general del proceso y les imputa la culpa de su representante.[570] La *culpa del despacho* no provoca la culpa del abogado (y con mayor razón tampoco la del representado), cuando él ha elegido cuidadosamente y vigilado a su personal.

5. Solicitud de reposición

(28) La *solicitud de reposición al estado anterior* ha de ser presentada dentro de una semana de la eliminación del impedimento ante el tribunal ante el cual se habría debido dirigir (§§ 45, inc. 1.º, 1.ª oración). Si el plazo para recurrir fue inobservado, la solicitud también puede ser presentada ante el tribunal del recurso (§§ 45, inc. 1.º, 2.ª oración; 46, inc. 1.º). De la solicitud debe resultar qué plazo ha sido inobservado y cuándo ha desaparecido el impedimento.[571] Se debe *demostrar la verosimilitud* de estas circunstancias fácticas (§ 45, inc. 2.º, 1.ª oración). Para ello es suficiente la propia manifestación del solicitante, cuando no dispone de otros medios.[572]

> **Ejemplo:** En el tribunal se ha tirado a la basura un sobre con el cual se podría haber probado la entrega oportuna de la carta.

(29) El acto inobservado debe ser *practicado* (§ 45, inc. 2.º, 2.ª oración), si no lo fue hasta el momento o no lo fue siguiendo las formas. Si el acto procesal solamente fue retrasado, es suficiente que se refiera a él.

La solicitud de reposición es *admisible* cuando ha sido presentada en plazo y fue demostrada su verosimilitud (v. *supra* nm. 28). Está *fundada* cuando el agotamiento del plazo fue sin culpa (v. *supra* nm. 26).

---

567. *BVerfGE* 62, 334; BVerfG, *NJW* (1992), 1952; BGH, *GA* (1994), 75; sobre el fax BGH, *NJW* (1996), 2857.
568. *BGHSt* 14, 306, 308; BGH, *NStZ* (1990), 25; KG, *NJW* (1997), 1864.
569. *BGHSt* 25, 89, 93; BGH, *NStZ* (1997), 560; *NStZ-RR* (2017), 149 (El defensor no le presenta la solicitud de reposición a su cliente a pesar de las repetidas peticiones); OLG Köln, *StraFo* (2012), 224 (el Tribunal Estadual había «señalado claramente al acusado la evidente falta de fiabilidad de su defensor»).
570. *BGHSt* 30, 309; en contra, con buenos argumentos LR/Graalmann-Scheerer, § 44 nm. 61.
571. BGH, *NStZ* (1987), 217.
572. BVerfG, *NJW* (1995), 2545.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

6. Consecuencia jurídica

(30) La *consecuencia jurídica* de una solicitud fundada es que el proceso ahora continúa como si el plazo hubiera sido respetado y el acto hubiera sido practicado oportunamente.

> **Ejemplo:** El plazo para recurrir ha transcurrido y por ello la sentencia adquirió carácter de cosa juzgada. Luego de una reposición exitosa (§ 46), la cosa juzgada cae retroactivamente.

Las órdenes de detención, que habían quedado sin objeto por el efecto de la cosa juzgada, renacen (§ 47, inc. 3.º, 1.ª oración).[573]

X. EXCURSO: LOS §§ 23 SS. EGGVG

(31) Los actos procesales, propios o ajenos, en principio no son impugnables (v. *supra* nm. 5). No hay un medio de impugnación a través del cual se pueda proceder contra ellos. La situación es distinta en relación con los *actos de la Administración de Justicia*. Aquí, es posible recurrir al medio de impugnación previsto en los §§ 23 ss. EGGVG. A diferencia de la cláusula general del § 40 VwGO, conocen de este medio de impugnación los tribunales ordinarios (§§ 23, 25 EGGVG: tribunales superiores estaduales). El sistema está recreado a imagen de la VwGO. Las principales diferencias son:

- según los §§ 23 ss. EGGVG solo es posible la impugnación de una medida que causa gravamen (§ 23, inc. 1.º), la solicitud de deber [*Verpflichtungsantrag*] (§ 23, inc. 2.º), y la solicitud de constatación de la antijuridicidad de una medida cumplida (§ 28, inc. 1.º, 4.ª oración). Las solicitudes de constatación general y de prestación general, así como la solicitud de omisión preventiva, son inadmisibles;
- el concepto de «medida» no se corresponde exactamente con la definición de acto administrativo, sino que también abarca simples actos de administración con efecto externo.

> **Ejemplo:** El modo y manera de un registro (acto material).[574]

(32) Los §§ 23 ss. EGGVG recogen como cláusula general los muchos casos respecto de los cuales el legislador no ha tomado aún ninguna regulación legislativa especial. Solo con esfuerzo cumplen con la garantía del art. 19, inc. 4.º GG. La antigua doctrina mayoritaria simplemente privaba de cualquier tipo de impugnación a todas las medidas de la fiscalía que servían a la iniciación, conducción y configuración del proceso penal con el simple argumento de que ellas

573. Clarificado por la segunda JuMoG en contra del BVerfG, *NJW* (2005), 3131.
574. Cf. OLG Hamm, *NStZ* (1984), 136.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

eran actos procesales. En relación con injerencias a los derechos fundamentales esto no es sostenible. Por lo demás, sin embargo, también el BVerfG considera que el hecho de que no se pueda proceder contra medidas de la fiscalía en el procedimiento de investigación no genera reparos constitucionales.[575] Por consiguiente, el afectado está indefenso contra

– el comienzo e impulso del procedimiento de investigación, por ejemplo, por medio de que la fiscalía escuche a testigos o no lo haga;[576]
– retrasos procesales;
– sobreseimiento del proceso.[577]

Casos y preguntas

94. ¿Qué son los actos procesales? ¡Dé ejemplos!
95. ¿Pueden estar condicionados los actos procesales?
96. El plazo para fundamentar un recurso de casación conforme al § 345 comienza a correr el miércoles 14 de marzo. ¿Cuándo termina?
97. ¿Cuándo tiene perspectivas de éxito la reposición al estado anterior?

Comentarios desde la perspectiva española

I. CONCEPTO

Los actos procesales se pueden definir como actos jurídicos que producen consecuencias en el proceso, y que, si bien es cierto que se pueden analizar de forma individualizada, tienen su sentido en el procedimiento vinculados de manera sucesiva[578] (arts. 179 a 185 y 229 a 278 de LOPJ).

II. REQUISITOS COMUNES A TODOS LOS ACTOS PROCESALES

En el ordenamiento jurídico español existen una serie de requisitos comunes a todos los actos procesales que se refieren a la voluntad, el lugar, el tiempo y la forma. Es posible que se aprecien posibles defectos en su configuración que tendrán una serie de consecuencias jurídicas que se mencionarán *infra*.

575. BVerfG, *NJW* (1984), 1451; 1985, 1019.
576. Cf. OLG Karlsruhe, *NStZ* (1982), 434 con comentario de Rieß.
577. OLG Hamm, *NStZ* (1983), 38.
578. Gómez Colomer y Barona Vilar (2021a, 290).

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

1. Defectos en relación con la voluntad

Los dos casos en los que pueden detectarse vicios en la voluntad del juzgador son:

– *Error o ignorancia del juez*: en estos casos, contra esta situación es posible plantear incluso demanda de responsabilidad objetiva del Estado por error judicial (art. 121 CE y arts. 292 a 296 LOPJ). Sería también posible incluso exigir responsabilidad penal al juez (arts. 405 a 410 LOPJ). No es posible en estos casos declaración de oficio de la nulidad o la anulabilidad del acto.
– *Violencia o miedo:* serán nulos de pleno derecho (art. 238, 2.º y 239.1 LOPJ y 225.2.º y 226.1 Lec). Se declararán de oficio tan pronto como se extinga esa violencia o miedo y se deberán incoar actuaciones contra los culpables, con traslado al Ministerio Fiscal.

En el ordenamiento jurídico español la regulación de la nulidad e ineficacia de los actos procesales se encuentra prevista con carácter general en los arts. 238 a 243 LOPJ.

En este sentido hay que apuntar lo previsto en el artículo 238 LOPJ, donde se indica que «los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

1.º Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.
2.º Cuando se realicen bajo violencia o intimidación.
3.º Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.
4.º Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como preceptiva.
5.º Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del letrado de la Administración de Justicia.
6.º En los demás casos en los que las leyes procesales así lo establezcan».

2. Forma

La forma constituye la manifestación externa del acto, pudiendo ser escrito u oral. En España, al ser un ordenamiento jurídico que reconoce el pluralismo lingüístico,[579] deberá también tenerse en cuenta este aspecto en los actos procesales.

579. Art. 3.2 CE: «Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos».

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Así, en cuanto a la oralidad, hay que tener presente el cumplimiento de una serie de condiciones para garantizar la efectividad. El presupuesto necesario será que las actuaciones orales se van a registrar en soporte adecuado para la grabación y reproducción del sonido y la imagen y no podrán transcribirse salvo que la ley lo determine (art. 147.3 LOPJ). Deberá respetarse el principio de inmediación y presencia judicial y la publicidad será la regla general (art. 120.1 CE) con las excepciones que aparecen contempladas en el art. 232 LOPJ. Estas excepciones hacen alusión a los siguientes motivos (art. 138.2 Lec) «cuando ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en la que el tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia».

En cuanto al idioma, la lengua oficial del Estado será el castellano, sin embargo, también podrá utilizarse la lengua oficial propia de la comunidad autónoma correspondiente, tal y como prevé el art. 231 LOPJ y 142 LOPJ).

3. Tiempo: plazos y términos

Se distingue en el ordenamiento jurídico español, también entre plazos y términos. En este sentido se considera término un momento en el tiempo, determinado por día y hora para realizar una actuación judicial, por consiguiente, se cita para un término. Por otra parte, el plazo implica un lapso de tiempo, dentro del que puede realizarse el acto procesal, estableciéndose a tales efectos un momento inicial y otro final. Hay que tener en consideración en el contexto de los plazos los siguientes aspectos:

Por lo que afecta al cómputo de los plazos, el art. 133 Lec nos indica que el día inicial es el siguiente a aquel en que se hubiere efectuado el acto de comunicación, y el día final incluye el día del vencimiento (que expira a las 24 h). En el supuesto de que este fuera inhábil, el plazo se entenderá prorrogado al siguiente hábil.

La regla general es que los plazos son improrrogables (art. 134 Lec), aunque cabe la interrupción en casos de fuerza mayor, siendo apreciada por el LAJ mediante decreto, de oficio o a instancia de parte, contra el que cabe revisión con efectos suspensivos. Cuando cese la causa que propició la parada, volverá a reanudarse el cómputo.

Debe matizarse la distinción entre plazos propios e impropios, siendo los primeros los que se refieren a los actos procesales que efectúan las partes, de modo que aparece la preclusión a tales efectos (art. 136 Lec) y, los impropios que están previstos para los actos que realizan los órganos jurisdiccionales, de modo que su incumplimiento no supone preclusión, sin perjuicio de poder exigir responsabilidad disciplinaria (art. 132. 2 y 3 Lec).

Capítulo 16. El procedimiento intermedio

I. EL SIGNIFICADO

(1) El significado de esta etapa del proceso fue explicado previamente (cf. *supra* § 4 nm. 1). Una vez presentada la acusación de la fiscalía, el tribunal no debe tratar directamente el asunto y dictar sentencia, primero debe comprobar si existe una sospecha suficiente que fundamente la acusación fiscal. Con ello, sin embargo, los jueces profesionales, que son los únicos que leen las actuaciones en esta etapa (no lo hacen los escabinos), adquieren un conocimiento previo del caso y quizás, en una cierta manera, se forman prejuicios. Por sí sola, esta no es una razón para eliminar el procedimiento intermedio. Si los jueces tienen algún prejuicio, es una cuestión que será juzgada en el juicio oral. En tal caso, pueden ser recusados por parcialidad (con más detalles, *infra* § 19 nm. 12 ss.). Por otra parte, la demanda de crear un «tribunal de apertura» separado[580] es ciertamente atractiva, pero ilusoria, pues resulta costosa, retrasa considerablemente el proceso (¡cuestiones de detención!) y también fracasa por el hecho de que los jueces conversan entre sí sobre sus respectivos procesos. Menos del uno por ciento de los casos con acusación no llegan a ser abiertos. Aun cuando se considere que el procedimiento intermedio no es efectivo, mantiene sin embargo su alto valor simbólico. Además, habitualmente la defensa está bien asesorada con respecto a no revelar a la fiscalía su posición durante la investigación preliminar, pero en esta etapa prepara al tribunal tempranamente sobre ellas.

(2) No todas las acusaciones conducen a un procedimiento intermedio. No tiene lugar en los siguientes casos:

- en el proceso por mandato penal (§ 407, inc. 1.º),
- en el procedimiento acelerado (§§ 417 ss.).

En los demás casos, el procedimiento intermedio se inicia con el escrito de acusación presentado por la fiscalía.

580. Roxin/Schünemann (2017), § 42 nm. 3

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

II. LA COMPETENCIA

(3) La fiscalía presenta la acusación ante el tribunal que considera competente (§§ 170, inc. 1.º; 200, inc. 1.º, 2.ª oración; cf. *supra* § 12 nm. 41, 42). La opinión de la fiscalía no es vinculante para el tribunal (§ 206), sobre todo, en los casos de la llamada competencia móvil. De esta forma, en primer lugar, el tribunal verifica su competencia.

1. Competencia material

(4) Si un tribunal de menor jerarquía se considera materialmente competente, abre el procedimiento principal (§ 209, inc. 1.º) y queda vinculado a esta decisión. El Tribunal de Escabinos puede disponer la apertura ante el juez penal, mientras que la Cámara Penal puede hacerlo tanto ante el Tribunal de Escabinos como ante el juez penal. Lo mismo rige para la Cámara Penal con competencia especial, § 209a (cf. *supra* § 5 nm. 13). En dirección contraria, esto es, de abajo hacia arriba, no existe esta competencia para disponer la apertura con efecto vinculante. El tribunal de menor jerarquía debe remitir las actuaciones para que decida el tribunal de mayor jerarquía (§ 209, inc. 2.º).

2. Competencia territorial

(5) Si el tribunal ante el cual la fiscalía presentó la acusación no se considera competente en razón del territorio, se declara incompetente mediante un auto.[581] Para la primera instancia, la ley no contempla una remisión como en la competencia material.

III. PROCEDIMIENTO

1. Comunicación del escrito de acusación, requerimiento de prueba

(6) El presidente «comunica al inculpado el escrito de acusación y al mismo tiempo lo invita a presentar requerimientos de prueba individuales antes de la decisión sobre la apertura del procedimiento principal u objeciones contra ésta dentro de un plazo determinado» (texto del § 201, inc. 1.º). En este estadio del proceso, la ley brinda al inculpado (¡§ 157!) el derecho a presentar requerimientos de prueba (§ 201). Por lo tanto, ellos no pueden ser rechazados con el argumento de que las pruebas podrían presentarse, de todos modos, en el juicio

581. Opinión dominante, Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 204 nm. 1; KK-StPO/Schneider, § 204 nm. 3; de acuerdo con otra opinión, debe hacerlo rechazando la apertura, p. ej. LR/Stuckenberg, § 204 nm. 7.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

oral. Por otra parte, en el procedimiento intermedio, el tribunal no se encuentra vinculado al catálogo de motivos de rechazo (§ 244, inc. 3.º, 5.º).[582] Los pedidos rechazados pueden replantearse en el juicio oral. El Tribunal también puede, de oficio, ordenar que se tomen elementos de prueba individuales (§ 202).

En esta etapa, los requerimientos y la recolección de la prueba solo deben estar dirigidos a debilitar la sospecha suficiente sobre el hecho. En tanto persista esa sospecha y el tribunal considere posible la apertura, puede debatir con los intervinientes el estado del proceso (§ 202a) y, de esta forma, sondear si es posible un acuerdo.

2. Defensor de oficio

(7) Además, el presidente deber determinar si se trata de un caso de defensa necesaria y si por tal motivo debe nombrarse un defensor de oficio (§§ 140, 141 inc. 2.º, n.º 4; cf. *supra* § 11 nm. 32).

3. Las decisiones posibles del tribunal

(8) Por lo tanto, el tribunal competente debe decidir

- si dicta el auto de apertura (§ 203),
- si rechaza la apertura del procedimiento principal (§ 204),
- si sobresee el proceso provisionalmente (§ 205),
- si sobresee el proceso definitivamente (§§ 153 ss.).

(9) Estas decisiones se adoptan fuera del juicio oral, esto es, sin la participación de los jueces legos (§§ 30, inc. 1.º; 76 inc. 1.º, 2.ª oración GVG) y sin audiencia pública.

IV. EL AUTO DE APERTURA, §§ 203, 207

1. Presupuestos, § 203

(10) El procedimiento principal se abre si como consecuencia de una valoración provisional del hecho resulta probable una condena (sobre los grados de sospecha, cf. *supra* § 8 nm. 3).[583] Esta sospecha suficiente es menor que la sospecha vehemente (a diferencia de lo que ocurre cuando se emite una orden de detención, ahora para resolver el tribunal tiene a su disposición todos los resultados de la investigación preliminar ya concluida, cf. *supra* § 10 nm. 7). Por

582. Discutido detalladamente en LR/Stuckenberg, § 201 nm. 25, 38 ss.
583. BayObLG, *NStZ* (1983), 123.

lo tanto, el tribunal examina si es probable que se produzcan pruebas suficientes sobre todas las circunstancias relativas a la cuestión de la culpabilidad (cf. *supra* § 14 nm. 6). La probabilidad deja un espacio para la duda. El *in dubio pro reo* solo rige en esta etapa del proceso cuando el tribunal está seguro de que la duda seguirá siendo insuperable.

Además, en cada etapa del proceso (y, por ello, también aquí) han de comprobarse los presupuestos procesales. Cuando falte uno, no debe dictarse el auto de apertura.

2. Contenido

(11) En el auto de apertura, el tribunal no formula por sí mismo un reproche, sino que «admite la acusación para el juicio oral» (§ 207, inc. 1.º; un significado diferente que solo puede catalogarse como cosmética verbal). En la práctica significa que el tribunal asume la hipótesis acusatoria (sobre esta parte del escrito de acusación, cf. *supra* § 12; nm. 36, 37). Además, designa «el tribunal ante el cual se realizará el juicio oral» (§ 207, inc. 1.º), esto es, a sí mismo o a otro de menor jerarquía.

(12) Con el dictado del auto de apertura el tribunal se transforma en «tribunal de conocimiento».[584] Jueces de conocimiento son todos los jueces llamados a intervenir en el juicio oral.[585]

(13) El tribunal tiene la facultad, con un alcance reducido, de admitir la acusación con *modificaciones* (§ 207, inc. 2.º).

– Núm. 1: Si se acusa por varios hechos (cf. *supra* 13), puede abrirse el juicio por algunos y rechazarse la apertura por otros (§ 204).
– Núm. 2: La fiscalía acusa de manera amplia, pero el tribunal admite solo una parte del hecho (§ 154a, inc. 2.º; cf. *supra* § 12 nm. 28 ss.); o, en caso contrario, el tribunal introduce partes que habían sido excluidas por la fiscalía (§ 153a, inc. 3.º). El caso en el que se acusó por varios hechos y tiene lugar una acumulación de conformidad con el § 154, atañe al núm. 1.
– Núm. 3: El tribunal es libre de calificar jurídicamente el hecho de manera diferente a la efectuada por la fiscalía (un ejemplo puede verse *supra* § 13 nm. 5).
– Núm. 4: Corresponde al segundo supuesto del § 154a. Las partes del hecho susceptibles de separación están reguladas en el núm. 2.

En cuestiones relativas a la detención el tribunal debe resolver, además, sobre la continuidad de la prisión preventiva (§ 207, inc. 4.º).

584. BGH, *NJW* (1952), 234; OLG Köln, *NJW* (1993), 608.
585. OLG Karlsruhe, *NJW* (1975), 458.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

3. Firmeza

(14) El tribunal queda vinculado al auto de apertura. No puede dejarlo sin efecto, incluso cuando desaparece la sospecha suficiente luego de la apertura o cuando el mismo tribunal cambia de opinión.[586] El acusado, que carga con la acusación y la apertura, ahora debe esperar a ser absuelto y rehabilitado en el juicio oral. Esto significa que no puede impugnar el auto de apertura (§ 210, inc. 1.º; cf. también *supra* § 15 nm. 16). La fiscalía tampoco puede impugnarlo, pues esta alcanzó su objetivo.

4. Decisiones posteriores

(15) Si tras la decisión de apertura aparece un impedimento procesal definitivo, el proceso se sobresee mediante auto, § 206a. Lo mismo rige si se comprueba que ya existía al momento de dictarse el auto de apertura, pero había pasado desapercibido (al respecto, una excepción *supra* nm. 14). Carecería de sentido comenzar el juicio oral solo para sobreseer el proceso mediante una sentencia. En el juicio oral no rige más el § 206a. Aquí debe dictarse una sentencia de conformidad con el § 260, inc. 3º.

(16) Si después de la apertura, pero antes del comienzo del juicio oral, resulta que el hecho ya no es punible, de conformidad con el § 2, inc. 2.º del StGB, se procede de manera diferente. En estos casos el proceso se sobresee mediante un auto dictado de conformidad con el § 206b. Esta disposición es asistemática y desacertada, pues en el juicio oral debería dictarse una absolución; el Estado no debe ahorrarse la absolución ni privar de ella al acusado.[587]

5. El auto de apertura como presupuesto procesal

(17) Un auto de apertura eficaz es un presupuesto procesal (para más detalles, cf. *supra* § 14 nm. 23 ss.).

V. EL AUTO QUE RECHAZA LA APERTURA DEL JUICIO, § 204

1. Presupuestos

(18) El tribunal rechaza la apertura del juicio mediante auto, cuando

– existe un impedimento procesal,
– por razones jurídicas se excluye una condena, porque el hecho no satisface un tipo penal o porque opera una causa de justificación, de inculpabilidad o de exclusión de la pena;

586. Opinión dominante; LG Lüneburg, *NStZ* (1985), 140; Meyer, *JR* (1983), 257 en contra de una decisión errónea del LG Núremberg-Fürth en un caso por aquella época espectacular.
587. Cf. LR/Stuckenberg, § 206 b nm. 3 y ss.

– por razones fácticas no ha de esperarse una condena, porque de conformidad con la prueba reunida, una sospecha suficiente resulta infundada.

2. Contenido

(19) El auto que rechaza la apertura tiene un efecto de clausura limitado para una nueva persecución penal (§ 211). Por esta razón, en sus fundamentos debe establecerse por qué se rechazó la apertura.

3. Impugnación

(20) La fiscalía puede interponer queja inmediata contra el auto que rechaza la apertura, el acusado, no (§ 210, inc. 2.º). Si transcurrió el plazo (§ 311) o no prosperó la queja, el auto no puede volver a impugnarse.

4. Cosa juzgada

(21) Entonces, se produce un efecto de clausura limitado: la acusación solo puede renovarse si surgen nuevos hechos o medios de prueba («nova») (§ 211). Los hechos o medios de prueba son nuevos no solo cuando recién surgen, sino también cuando ya existían al momento del rechazo de la apertura, pero no eran conocidos por el tribunal (en la medida en que hubiese sido posible conocerlos).[588] Lo relevante es si estos elementos permiten revertir los fundamentos del auto de rechazo. El tribunal ante el que se presenta la nueva acusación está sujeto a la interpretación jurídica del auto anterior.[589] Por tal motivo, un punto de vista jurídico nuevo (diferente) no es un nuevo «hecho». Si el efecto de clausura desaparece en virtud de la *nova*, comienza un nuevo proceso. El proceso previo está concluido; por lo tanto, no tiene lugar una revocación del auto anterior que rechazó la apertura.

VI. EL SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL DEL PROCESO, § 205

> **(22) Caso**: El tribunal toma conocimiento de que el imputado sufre graves perturbaciones psíquicas que lo convierten en incapaz para estar en juicio.

La respuesta a cómo ha de decidirse este caso depende del estadio en que se encuentre el proceso y de la clase de la perturbación. Si la perturbación ya

588. Cf. *BGHSt* 7, 64, 66.
589. *BGHSt* 18, 225.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

existía en el momento del hecho y excluye la capacidad de culpabilidad del inculpado, el tribunal debe rechazar la apertura del juicio (por razones jurídicas). Si el auto de apertura ya fue dictado, el acusado debería ser absuelto en el juicio oral. Sin embargo, como él no solo es inimputable, sino también incapaz de estar en juicio, existe un impedimento procesal. Por ello, luego de la apertura ha de sobreseerse el proceso de conformidad con el § 206a. No obstante, ello presupone que el impedimento sea definitivo. En el caso de una incapacidad para estar en juicio que solo es transitoria, se sobresee provisionalmente el proceso de conformidad con el § 205.

(23) Lo mismo sucede, por aplicación analógica, con otros impedimentos procesales transitorios y con impedimentos de carácter fáctico y jurídico, que en sentido técnico no son impedimentos procesales.

> **Ejemplo:** El imputado se encuentra por largo tiempo en el extranjero.

(24) Es muy discutida la cuestión de si el § 205 puede aplicarse analógicamente en casos en los cuales el impedimento no se encuentra en la persona del inculpado, sino que atañe a medios de prueba que se refieren a personas.[590]

> **Ejemplo:** Un importante testigo está impedido de declarar por largo tiempo o es incapaz para ser interrogado.

El imputado tiene derecho a que su proceso se realice con celeridad. Por esta razón, en el juicio oral debe renunciarse a estos testigos o debe leerse una declaración anterior.[591]

VII. EL SOBRESEIMIENTO DEL PROCESO DE CONFORMIDAD CON LOS §§ 153 SS.

(25) También en el procedimiento intermedio es posible el sobreseimiento del proceso, en un gran número de casos, con el consentimiento de la fiscalía y del imputado.

Casos y preguntas

98. ¿A qué fin sirve el procedimiento intermedio?
99. ¿Cómo se inicia el procedimiento intermedio?
100. ¿Todas las acusaciones conducen a un procedimiento intermedio?
101. ¿Qué decisiones puede tomar el tribunal?

---

590. Cf. Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 205 nm. 8.
591. BGH, *NStZ* (1985), 230.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

102. ¿Bajo qué condiciones se decide la apertura del procedimiento principal?
103. En el auto de apertura, el tribunal ¿puede discrepar con la acusación fiscal?
104. ¿Existe la posibilidad para el acusado de recurrir el auto de apertura del juicio?
105. ¿El tribunal que dictó el auto de apertura puede dejarlo sin efecto antes del inicio del juicio oral si la sospecha suficiente posteriormente desaparece y resulta esperable una absolución?
106. ¿Qué puede hacer el tribunal, cuando luego de la apertura del juicio oral surge un impedimento procesal?
107. ¿Es recurrible el rechazo de la apertura del juicio?
108. ¿Puede retomarse la acusación después de que se rechazó la apertura de conformidad con el § 204, inc. 1.º?
109. Luego de presentado el escrito de acusación, el juez penal del *AG* fija la fecha para el juicio oral. No se emitió un auto de apertura. ¿Puede emitirse después de comenzado el juicio oral?

Comentarios desde la perspectiva española

En España se entiende por fase intermedia, aquella etapa en la que el órgano judicial debe decidir si se abre o no el juicio oral. La decisión judicial se dictará tras la conclusión o terminación de la etapa preliminar cuando se considere por el órgano jurisdiccional que ya no es necesario realizar más diligencias de investigación (art. 622 Lecrim y art. 27.4 LOTJ). En el sistema español, para que se abra el juicio oral, la parte acusadora tiene que pedirlo expresamente. En el supuesto contrario, deberá solicitar el sobreseimiento (arts. 627 y 632 Lecrim). Esta alternativa está prevista en la Lecrimpara el proceso ordinario por delitos más graves.

Si la parte acusadora pide la apertura del juicio oral, el tribunal deberá acordarla (art. 645 Lecrim). Ahora bien, si el hecho no es constitutivo de delito (art. 637.2 Lecrim) en el proceso ordinario por delitos más graves o si no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado (art. 783.1 Lecrim) en los procesos abreviados y rápidos, procederá el sobreseimiento.

En el caso de que se dicte auto de apertura del juicio oral, este auto tendrá los siguientes efectos concretos[592]: 1) orden de dar traslado a las partes para su calificación provisional (arts. 633 y 649, I Lecrim); 2) publicidad para los actos procesales (art. 649, II Lecrim); 3) el ofendido o perjudicado puede decidir ser parte acusadora particular en la causa, con el ejercicio de acciones penales y civiles (art. 110, I Lecrim); 4) en los procesos abreviados, además de estos efectos, adicionalmente se deberá pronunciar sobre el mantenimiento, revocación o

592. Gómez Colomer y Barona Vilar (2021b, 370).

ISBN: 978-84-18432-78-1

DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

modificación de las medidas cautelares, personales y reales adoptadas o pedidas (art. 783.2 Lecrim), así como señalar a las partes, en su caso, el órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa.

Por otra parte es posible que se dicte un auto de sobreseimiento entendiéndose libre aquella «resolución judicial que pone fin al proceso, una vez concluido el procedimiento preliminar, y antes de abrirse juicio oral, con efectos de cosa juzgada, equivaliendo a sentencia absolutoria, por no ser posible una acusación fundada, bien por inexistencia del hecho, bien por no ser el hecho punible, o por no ser responsable criminalmente quien hasta esos momentos aparecía como presunto autor, en cualquiera de sus grados»[593] (art. 637 Lecrim).

El sobreseimiento (archivo) provisional es la resolución judicial que paraliza el proceso de modo que no se produce la apertura del juicio oral, al faltar elementos fácticos suficientes para formular la acusación contra determinada persona, o no estar a disposición del tribunal del investigado. En el caso de que varíen las circunstancias apuntadas o se encuentre al investigado, se procederá al levantamiento de la suspensión (art. 641 Lecrim).

593. Gómez Colomer y Barona Vilar (2021b, 371).

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Capítulo 17. El procedimiento principal (panorama general)

El procedimiento principal comienza con la preparación del juicio oral (§§ 212-225a). Luego, sigue la parte esencial del modelo alemán de proceso penal, el juicio oral en sí mismo (§§ 226 ss.).

I. LA PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL

(1) La sección 5 de la StPO (§§ 212-225a) no contiene todas las disposiciones que conciernen a la preparación del juicio oral.

> **Ejemplos:** Cuando el tribunal sobresee provisionalmente el proceso de conformidad con el § 205 (cf. *supra* § 16 nm. 22 ss.), el presidente puede recolectar pruebas por sí mismo o tomar las disposiciones correspondientes (§ 205, 2.ª oración). Este aseguramiento de prueba sirve para la preparación de un juicio oral posterior. Si el acusado pidió ser dispensado de su deber de comparecer al juicio oral (§ 233, inc. 1.º), debe ser interrogado judicialmente antes de la celebración del mismo (§ 233, inc. 2.º).

1. Fijación del término, § 213

(2) El presidente establece el día, la hora y en qué lugar se desarrollará el juicio oral (en todos los casos, en una sala de audiencias del tribunal; pero también puede realizarse, por ejemplo, en el lugar del hecho, en un establecimiento penitenciario o en un hospital). La fijación del término es discrecional para el presidente.[594] Al respecto, es común el acuerdo con los intervinientes en el proceso, pero no obligatorio. En casos complejos, el presidente efectúa un cronograma de audiencias. En principio, la queja contra la fijación del término no es inadmisible, pero solo sería procedente cuando se plantee que el presidente no ejerció su facultad discrecional o lo hizo de manera inapropiada.[595]

---

594. OLG Frankfurt, *StV* (1998), 13.
595. Sobre el estado de la discusión, cf. Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 213 nm. 8.

2. Citaciones, § 214; requerimientos de prueba, § 219; y citación directa, § 220

(3) *a*) El presidente dispone la citación (§ 214, inc. 1.º, 1.ª oración). Son citados: el acusado (§ 216), el defensor (§ 218), otros intervinientes en el proceso (p. ej., el acusador particular o el adhesivo), los testigos y los peritos (cf. también el § 214, inc. 2.º: plan de citaciones). A la fiscalía se le comunica la fecha.

b) El tribunal comunica a la fiscalía y al acusado quiénes han sido citados (§ 222).

c) El acusado (así como su defensor y otros intervinientes accesorios con los mismos derechos que el acusado) pueden presentar requerimientos de prueba para la preparación del juicio oral (§ 219). Estos requerimientos solo pueden ser rechazados por los motivos mencionados en los §§ 244, inc. 3.º; inc. 4.º, 1.ª oración, inc. 5.º[596] y pueden ser reiterados durante el juicio oral.

d) La fiscalía (§ 214, inc. 3.º) y el acusado (§ 220) tienen derecho a citar directamente a «otras personas». Este derecho proporciona una gran influencia sobre el desarrollo de la recepción de la prueba, todavía más que un requerimiento de prueba, porque el interrogatorio de las personas citadas solo puede rechazarse bajo estrictas condiciones (§ 245, inc. 2.º, 2.ª y 3.ª oración; *infra* § 25 nm. 32).

e) El acusado puede insistir en que se cumpla con un plazo de citación de una semana (§ 217, inc. 2.º y 3.º), pero puede renunciar a él (inc. 3.º). Si no se cumple con este término, el acusado debe ser instruido al inicio del juicio oral, antes de su declaración sobre el hecho, de que puede solicitar el aplazamiento de la audiencia, esto es, su interrupción y un nuevo comienzo (§ 228, inc. 3.º; más detalles *infra* § 18 nm. 14). Sin esta instrucción, la inactividad del acusado que no cuenta con un defensor no puede ser considerada como una renuncia tácita a su derecho.

3. Notificación del auto de apertura

(4) El auto de apertura se notifica al imputado o a su defensor (§ 145a, obsérvese el inc. 3.º) como máximo con la citación (§ 215). Si ello no ocurre, este error procesal puede subsanarse, dando a conocer el auto de apertura en el juicio oral. No se genera un impedimento procesal (tal como ocurre en el caso en que falta el auto de apertura, cf. *supra* § 14 nm. 23).

---

596. Pero no a través de la llamada presunción de verdad, porque todavía no pudo satisfacerse el deber judicial de esclarecimiento, cf. *infra* § 25 nm. 15.

ISBN: 978-84-18432-78-1 Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

4. La comunicación de la integración del tribunal, § 222a

(5) La integración del tribunal contraria a las disposiciones, esto es, la violación del principio del juez establecido por ley constituye un motivo absoluto de casación (§ 338, núm. 1). Si el defecto existía y pudo haber sido advertido desde un principio, no debe esperarse a ver cómo se desarrolla el caso para luego hacer fracasar una sentencia no deseada en casación. Por esta razón, con los §§ 222a y b la ley anticipó el motivo de casación referido a la integración y excluyó la posibilidad de hacer valer esa objeción luego del interrogatorio sobre el hecho del primer acusado (preclusión de la instancia).

5. Interrogatorios por comisión; §§ 223, 224

a) Presupuestos

(6) La recepción de la prueba tiene lugar en el juicio oral (§ 244, inc. 1.º). Cuando por un tiempo largo o incierto existe la amenaza de perder prueba, puede anticiparse una parte del juicio oral mediante el interrogatorio por comisión de testigos y peritos. Las declaraciones se vuelcan en un acta (§ 224, inc. 1.º, 3.ª oración) que puede ser leída en el juicio oral (§ 251; más detalles, *infra* § 27 nm. 4). Por ello, los presupuestos para la recepción anticipada de la prueba y la lectura posterior de las actas se regulan de manera concordante:

- enfermedad o debilidad
- otros impedimentos que no pueden eliminarse como, por ejemplo, un largo viaje al extranjero, la manifestación de los funcionarios de que bloquearán o impedirán la declaración de testigos en el juicio oral de conformidad con el § 54 (personas de confianza, agentes encubiertos),[597] testigos en el extranjero que no quieren o no pueden comparecer.
- inadmisibilidad. La «gran distancia», así mencionada en la ley (§ 223, inc. 2.º), no es más el criterio decisivo. Probablemente se puede viajar con más facilidad desde Melbourne que desde una aldea en las montañas del Magreb. La distancia y las posibilidades para transportarse deben ser ponderadas con el valor ilustrativo de la declaración.[598]

b) Disposición

(7) El tribunal puede disponerlo ya en el procedimiento intermedio (§§ 201 ss.) e incluso durante el juicio oral.

---

597. *BGHStGrS* 32, 115, 126.
598. BGH, *StV* (1989), 468.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

c) *Notificación del término, § 224*

(8) La notificación del término se omite cuando pueda poner en peligro el éxito de la investigación (inc. 1.º, 2.ª oración), esto es, obtener la declaración. Por lo tanto, solo está permitido renunciar a la comunicación del término cuando la demora generada por la notificación pueda conducir a la pérdida del medio de prueba.

d) *Realización*

(9) Los testigos o peritos son interrogados por un juez comisionado o requerido. El *juez comisionado* pertenece al tribunal que conoce en la causa. También pueden ser comisionados dos o tres jueces profesionales de una cámara penal.[599] Si debe viajar la cámara con su integración completa (esto es, con los escabinos), ya no se trata de un interrogatorio por comisión, sino del tribunal sesionando en otro lugar. Ello solo es admisible en el juicio oral. De conformidad con el § 224, inc. 1.º, el acusado y su defensor no deben ser excluidos de esa diligencia.[600]

(10) El *juez requerido* pertenece a un Tribunal Municipal y se recurre a él por vía de la cooperación judicial (§ 157 GVG).

e) *Presencia*

(11) En el juicio oral deben estar presentes un representante de la fiscalía (§ 226), el acusado (§ 230) y el defensor en los casos de defensa necesaria (§ 145, inc. 1.º). Ello no es necesario cuando se trata de un interrogatorio por comisión (§ 224, inc. 1.º, 1.ª oración). Los anteriormente mencionados siempre tienen el derecho a estar presentes, incluso cuando no han sido notificados (excepción: el acusado detenido que cuenta con defensor, § 224, inc. 2.º).

6. Inspección ocular, § 225

(12) Antes o durante el juicio oral, la realización de una inspección ocular también puede delegarse a un juez comisionado o requerido cuando no exista el peligro de perder prueba (distinto al caso del interrogatorio por comisión; *supra* nm. 6). La ubicación sistemática de la disposición se explica por el interés en regular el deber de comunicación y el derecho limitado a estar presente que posee el acusado detenido (§ 224). La realización de la inspección ocular antes del juicio oral es un anticipo de una parte de éste (tal como ocurre *supra* nm. 6). La disposición fundamental sobre los derechos a estar presente se encuentra en el § 168d.

599. BGH, *NStZ* (1983), 182.
600. *BGHSt* 31, 236.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

II. EL JUICIO ORAL

1. Desarrollo externo

(13) El «programa» del juicio oral para la etapa que se extiende hasta el comienzo de la recepción de la prueba se encuentra regulado en el § 243. El juicio oral comienza con la «declaración de apertura» (inc. 1.º, 1.ª oración).

(14) A ello le sigue *la comprobación de la presencia de los intervinientes* (inc. 2.º, 2.ª oración). El presidente verifica si comparecieron el acusado, el defensor y eventualmente los demás intervinientes en el proceso (el acusador adhesivo, intervinientes accesorios; con más detalle *infra* § 20 nm. 8 ss.). La presencia de un representante de la fiscalía es un presupuesto legal evidente del proceso oficial. El presidente convoca, además, a los testigos y a los peritos, que fueron citados al inicio del juicio oral, y comprueba si se encuentran disponibles los objetos de prueba (cf. §§ 214, inc. 4.º; 221).

(15) Luego, *los testigos* deben retirarse de la sala de audiencias (inc. 2.º, 1.ª oración). Su interrogatorio pertenece a la recepción de la prueba, que recién comienza tras la exposición del acusado (§ 244, inc. 1.°). Además, son interrogados por separado y sin la presencia de los otros testigos (§ 58, inc. 1.º). Con frecuencia, una vez comprobada su asistencia, son instruidos de manera conjunta (§ 57).

(16) Entonces, el presidente interroga *al acusado* acerca de sus *datos personales* (inc. 2.º, 2.ª oración). El acusado debe declarar al respecto. Él puede guardar silencio sobre el hecho. Por tal motivo, únicamente debe entenderse por «datos personales»:

- la información sobre la identidad, que también debe brindar a la fiscalía y a la policía (cf. § 111 OWiG);
- la capacidad del acusado para estar en juicio como presupuesto procesal;
- la capacidad para defenderse por sí mismo, cuando no se trate de un caso de defensa necesaria.

(17) Toda otra circunstancia personal pertenece al hecho, porque puede tener relevancia para el reproche y la decisión sobre las consecuencias jurídicas como, por ejemplo, el currículum, la formación, la profesión, las relaciones familiares, la situación económica, las penas previas (cf. inc. 5.°, 2.ª y 3.ª oración). El acusado no tiene que declarar sobre ello.[601] Si también calla sobre los datos personales, excepcionalmente el tribunal puede extraer conclusiones de este silencio y obtener las constancias necesarias sobre la identidad del acusado por vía de la libertad probatoria.

(18) A continuación, el fiscal lee la *hipótesis acusatoria* (inc. 3.º, 1.ª oración), esto es, la parte de la acusación que contiene la imputación y no los resultados esenciales de la investigación (cf. *supra* § 12 nm. 37).

---

601. BGH, *StV* (1984), 190.

(19) Eventualmente, el presidente comunica si se debatió sobre el estado del proceso y la posibilidad de un convenio («acuerdo») y, en caso de que se haya hecho, informa sobre su contenido (inc. 4.º).

Luego, el presidente indica que el acusado tiene libertad para pronunciarse sobre la acusación o negarse a declarar sobre el hecho (inc. 5.º, 1.ª oración). Esta advertencia *sobre la libertad de declarar* resulta incluso insoslayable cuando ya fue formulada al imputado en una etapa anterior del proceso (p. ej., de conformidad con los §§ 115, inc. 3.º; 136, inc. 1.º, 2.ª oración; 163a, inc. 3.º, 2.ª oración, inc. 4.º, 2.ª oración).

(20) El *interrogatorio al acusado sobre el hecho* ((§ 243 inc. 5.º, 2.ª oración) se efectúa siempre antes de la recepción de la prueba. El acusado debe tener la oportunidad de exponer con libertad, sin interrupciones, acerca de todo lo que habla a su favor y en contra del reproche, y puede esperar que estos argumentos sean considerados por el tribunal en la recepción posterior de la prueba.[602] En este caso, la declaración debe realizarla en forma oral. Cuando guarda silencio y presenta una declaración por escrito, el tribunal debe tomar conocimiento de ella (§ 244, inc. 2.º) y, en el caso de que contenga una confesión, leerla como parte de la prueba documental.[603]

(21) Antes de este interrogatorio, el defensor también puede hacer una manifestación de apertura («manifestación sobre la acusación») en procedimientos «particularmente extensos», pero no puede «anticipar» su alegato final (§ 243 inc. 2.º, 3.ª oración).

(22) Las condenas anteriores pueden constatarse después de esta declaración, ese es el momento procesal más temprano, pero ellas deberían constatarse los más tarde posible (inc. 5.º, 5.ª y 6.ª oración).

(23) Una vez que el imputado declaró sobre el hecho o guardó silencio, sigue la *recepción de la prueba* (§§ 244-257).

(24) Una vez concluida, se pronuncian los *alegatos* (§ 258). Primero alega el fiscal, luego el defensor (§ 258 inc. 1.º, en relación con el inc. 3.º). El fiscal puede replicar. El acusado siempre tiene la última palabra (inc. 2.º y 3.º). Luego de ello, el tribunal puede reabrir la recepción probatoria. A continuación, debe brindarse nuevamente la oportunidad para alegar y, una vez más, se concede al acusado la última palabra.[604]

(25) Posteriormente, el tribunal *delibera* en un cuarto secreto y llega al *acuerdo* sobre la sentencia (§§ 192 ss. GVG; §§ 43, 45 DRiG). El presidente pronuncia la *sentencia* (§ 260, inc. 1.º) mediante la lectura de la parte dispositiva y da los fundamentos en forma oral (§ 268). Aquellos que pueden recurrirla son instruidos al respecto (§ 35a; no se aplica a la fiscalía). Si se impuso una pena

602. BGH, *NStZ* (1986), 370.

603. Con un valor probatorio considerablemente menor, BGH, *NStZ* (2008), 476. Mediante la explicación presentada, se manifestó en forma oral, BGH, *NStZ* (2009), 173. Si el defensor registró por escrito las manifestaciones que el acusado le hizo y pretende que sean leídas como un documento, ello no puede reemplazar la declaración, BGH, *NStZ* (2008), 349; cf. también BGH, *NStZ* (2008), 527.

604. Lo mismo rige cuando la Fiscalía o la defensa han brindado nuevas explicaciones –sin que se haya reabierto la recepción de la prueba–, BGH, *NStZ* (2003), 382.

y su ejecución se suspendió condicionalmente (§ 260, inc. 4.º, 4.ª oración), las resoluciones necesarias deben pronunciarse en este momento (§ 268a).

2. El acta de la audiencia

a) Forma

(26) El acta es un documento que cumple con una finalidad probatoria (cf. § 274). Es realizada por el actuario de la secretaría (no debe ser el mismo para cada día del juicio oral), quien mediante su firma asume la responsabilidad de que ella es completa y correcta; como los jueces (§ 271, inc. 1.º, 1.ª oración). Se realiza por escrito. Las grabaciones en bandas magnetofónicas son solo medios auxiliares, no son parte de las actas.[605]

b) Contenido

(27) Los datos requeridos están prescritos en los §§ 272, 273. «Formalidades esenciales» (§ 273, inc. 1.º, 1.ª oración) son, entre otras, la información acerca de si fue excluida la publicidad del juicio y su restablecimiento, la presencia de los intervinientes en el proceso (§ 226) y el defensor (en el caso de defensa necesaria, § 140), las instrucciones y las advertencias necesarias (p. ej., §§ 52, inc. 3.º; 55, inc. 2.º; 265), la instrucción sobre los recursos, la protesta contra la valoración de una declaración, si los testigos prestaron o no juramento, las pruebas recolectadas. Por ejemplo, el acta de la declaración de un testigo normalmente dice: «El testigo declaró sobre el hecho». Su contenido se expone de manera sucinta solo en el caso del § 273, inc. 2.º y textualmente en el caso exclusivo del § 273, inc. 3.º.

c) Fuerza probatoria

(28) El tribunal de casación no debe recolectar prueba sobre casaciones procesales que se basan en la inobservancia de las formalidades del proceso. Por ello, la regla probatoria establecida por la ley en el § 274 consagra la fuerza probatoria exclusiva del acta, que no puede ser complementada, sustituida o refutada mediante otros medios de prueba.[606] Lo que se encuentra en el acta se considera ocurrido (fuerza probatoria positiva), y aquello de lo que no se dejó constancia, se tiene por no sucedido (fuerza probatoria negativa). Por ejemplo, si en el acta se dejó asentado que fue excluida la publicidad del juicio, pero falta la constancia de cuándo fue restablecida, con ello solo consta que se mantuvo la exclusión (aun cuando la omisión haya sido un olvido y la sala estuviese repleta

605. *BGHSt* 29, 394.
606. BGH, *NStZ* (1993), 51.

de gente). «Si el acta nada dice sobre la realización de una inspección ocular, en virtud de la fuerza probatoria de este documento [...] se la tiene por no producida. Aun cuando esta conclusión contradiga lo que en verdad ocurrió, debe aceptársela como consecuencia de la decisión legislativa en la que se basa el § 274».[607] Sin embargo, esta fuerza probatoria exclusiva únicamente se refiere a las formalidades esenciales y no al contenido del acta de acuerdo con el § 273, inc. 2.º. Ella no tiene lugar allí donde el acta muestra contradicciones, falta de claridad o vacíos evidentes[608] y cesa si una de las personas competentes para confeccionarla (esto es, el actuario o el juez) declara con posterioridad que su contenido (a favor del acusado) es incorrecto.[609]

Ejemplo: En el acta se deja constancia del auto que rechazó un requerimiento de prueba, pero no del pedido respectivo. Aquí hay un vacío evidente.

d) Corrección del acta

(29) Si el actuario y el juez están de acuerdo en que el acta es incorrecta, puede y debe ser corregida sin limitación temporal alguna.[610] Hasta ahora, sin embargo, esto no quitaba fundamento al recurso de casación presentado con anterioridad.[611]

Ejemplo: El actuario y el juez advierten que por descuido se olvidó dejar constancia en el acta del efectivo restablecimiento de la publicidad (v. *supra*) y proceden a corregir el acta de la sesión. Sin embargo, antes de ello, el recurrente había presentado un recurso de casación con el argumento de que existiría una violación al principio de publicidad (§ 338, núm. 6). Según la antigua jurisprudencia, su planteo habría tenido éxito.

El BGH ha abandonado esta «prohibición de decaimiento del recurso», porque los tribunales de casación también estarían obligados a la verdad, y el acta no crearía una verdad procesal ficticia; porque entre los defensores ya no se consideraría una falta profesional el plantear, conscientemente, vicios no verdaderos, sino, por el contrario, como un error profesional el no hacerlo; y porque la confianza del recurrente en que podría obtener ventajas de un acta incorrecta no merecería protección ni pesaría más que el principio de celeridad y la protección de la víctima.[612]

607. BGH, *NStZ* (2002), 219.
608. *BGHSt* 31, 39; BGH, *NStZ* (2002), 270 con comentario de Fezer.
609. *BGHSt* 4, 364; BGH, *StV* (2014), 98.
610. BGH, *JZ* (1952), 281.
611. *BGHSt* 34, 11 12.
612. BGH, *NStZ* (2007), 51; 661 = *BGHStGrS* 51, 298; anunciada en BGH, *NStZ* (2005), 281.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Casos y preguntas

110. ¿Qué disposiciones sirven para la preparación del juicio oral?
111. El abogado X es defensor de A, quien es acusado por lesiones ante el AG. X solicita en tiempo y forma que se aplace la celebración del juicio, porque el mismo día debe atender otra audiencia fijada hace largo tiempo ante una cámara del Tribunal de Jurados del LG. El juez penal rechaza esta petición. ¿Es recurrible esta decisión?
112. ¿Qué puede reclamar el acusado, cuando no se ha respetado el plazo de citación de por lo menos una semana, previsto en el § 217, inc. 1.º?
113. El acusado T, pese a estar debidamente notificado, se ausentó injustificadamente a la tercera audiencia del juicio oral, pero fue representado por su defensor. El tribunal resolvió continuar con la audiencia de conformidad con el § 231, inc. 2.º sin el acusado. Finalmente, el juicio oral se suspendió y se fijó una nueva fecha para su continuación. ¿Sería necesaria según el § 216 la citación formal del acusado T a esta nueva audiencia?
114. ¿Puede subsanarse la falta de notificación del auto de apertura?
115. De conformidad con el § 222a en los procedimientos de primera instancia ante el LG o el OLG debe notificarse la integración del tribunal a los intervinientes en el proceso. ¿A qué fin sirve esta disposición?
116. ¿Bajo qué presupuestos puede ordenar el tribunal el interrogatorio por comisión de un testigo o perito, y quién lo realiza?
117. ¿Es necesaria la presencia del acusado en el interrogatorio por comisión?
118. ¿Cómo es el desarrollo esencial de un juicio oral de primera instancia en materia penal?
119. De conformidad con el § 243, inc. 2.º, 2.ª oración el presidente interroga al acusado sobre sus datos personales. ¿Qué debe entenderse por «datos personales»?
120. ¿Quién tiene el derecho a hablar en último lugar, antes de la deliberación?
121. ¿Cuál es el significado del acta de la audiencia?

Comentarios desde la perspectiva española

En el ordenamiento jurídico español también se regula el juicio oral en su conjunto. En este sentido, el juicio oral aparece regulado en los arts. 649 a 749 Lecrim. Al igual que en el sistema alemán, el juicio oral es la fase procesal donde se enjuicia la conducta del acusado y se dicta una sentencia absolutoria o condenatoria. Comienza el juicio oral con el auto de apertura del mismo (art. 649 Lecrim), el cual indica que a partir de ese momento todos los actos son públicos, se procederá a la práctica de la prueba y se terminará

con la declaración formal de conclusión de la vista (art. 740 Lecrim) previa a la sentencia.

En general, el juicio oral en ambos ordenamientos es, en esencia, similar, en cuanto a los principios que rigen en esta fase, así como en relación con el desarrollo o estructura de la misma. A continuación, se procederá a indicar aquellos aspectos o cuestiones que suponen ciertas diferencias procedimentales, pero que no afectan de forma sustancial al devenir habitual y común de esta fase procesal.

En cuanto al señalamiento del juicio, en España es responsabilidad del letrado de Administración de Justicia (arts. 659, V y 785.2 Lecrim), que procederá a fijar día y hora para celebrar las sesiones del juicio oral, de conformidad con lo previsto en el art. 182 Lec, con atención a los criterios generales y las instrucciones concretas que fijen los presidentes de Sala o Sección.[613] La labor de documentación y constancia es asimismo propia de los LAJ (art. 743 Lecrim), de modo que las sesiones del juicio habrán de ser siempre registradas en un soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen y quedarán bajo la custodia del LAJ y de la grabación las partes podrán pedir copia, sufragando los gastos que se ocasionen por la misma.

Es importante mencionar que, si bien el juicio oral se desarrollará conforme al principio de publicidad, será posible que se celebre a puerta cerrada cuando así lo establezca el tribunal para garantizar y proteger algún derecho (art. 681 Lecrim). La aprobación del estatuto de la víctima[614] ha propiciado que se otorgue una mayor protección a la intimidad de las víctimas, de modo que se prohíbe la divulgación de su identidad o de imágenes. Adicionalmente es posible que se restrinja la presencia de los medios de comunicación en el juicio con el objetivo de preservar el orden de las sesiones y los derechos fundamentales de las partes y de los demás intervinientes.

Respecto al desarrollo del juicio oral y en concreto de la vista en sentido estricto, constará de los siguientes actos:

- El presidente del Tribunal declarará formalmente la apertura del juicio oral en el día y horas señalados (art. 688, I Lecrim).
- A continuación, el letrado de la Administración de Justicia da cuenta del hecho y de la instrucción (art. 701, I a III Lecrim).
- Práctica de las pruebas, de conformidad con el orden legal determinado en el art. 701, IV y V Lecrim, que podrá ser alterada por el presidente si es conveniente «para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad».
- Una vez practicada la prueba, las partes elevan en su caso a definitivas sus calificaciones provisionales (art. 732 Lecrim).

613. Moreno Catena y Cortés Domínguez (2021, 420).
614. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

– En el supuesto de que concurran los presupuestos para hacer uso de la tesis de desvinculación contemplada en el art. 733 Lecrim, el presidente podrá en este momento hacer uso de esa facultad.
– Informes de acusación y defensa (arts. 734 y 737 Lecrim).
– Última palabra al acusado (art. 739 Lecrim), como máximo exponente del derecho a la autodefensa.

Para finalizar, el presidente declarará formalmente concluido el juicio y visto para sentencia (art. 740 Lecrim).

ISBN: 978-84-18432-78-1

DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Capítulo 18. Las máximas procesales

(1) Las máximas (preceptos, principios) procesales informan sobre la estructura fundamental de un proceso. Documentan un interés determinado (p. ej., en la publicidad) y generalmente dan espacio a los intereses contrapuestos (p. ej., la protección de la esfera privada). Recién la relación entre reglas y excepciones demuestra el valor que tienen los principios procesales de conformidad con el Estado de derecho. Estos preceptos marcan todo el proceso penal o algunas etapas. Entre ellos los límites no siempre son claros. Muchos despliegan su verdadero significado en el juicio oral.

I. PRINCIPIO DE OFICIALIDAD

(2) En un sentido amplio, el principio de oficialidad significa que la realización de un proceso penal, desde la primera intervención hasta la ejecución de la pena, es un asunto del Estado y, en un sentido estricto, que la fiscalía actúa de oficio (*ex officio*, § 152, inc. 1.º). El Estado tiene el monopolio de la persecución penal. Básicamente no toma en consideración intereses privados, no espera la denuncia del ofendido u otra persona (*quivis ex populo* – acción popular), es independiente de las decisiones de los particulares (principio de disposición) y realiza el proceso penal aun en contra del interés de la víctima. Sin embargo, ello no siempre es adecuado.

1. Delitos dependientes de instancia privada

(3) *a*) En los delitos dependientes de instancia privada puros, si bien la persecución penal puede ser iniciada de oficio, no puede continuarse hasta el final sin la intancia de la acción del ofendido. Hay casos en los que no existe un interés público, si el ofendido no quiere la persecución (allanamiento de morada, § 123 StGB), y otros en los que una persecución penal en contra o sin la voluntad del ofendido podría producir más daños que beneficios (p.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

ej., injurias, § 194 StGB; hurto entre parientes o personas que viven juntas, § 247 StGB; estafa entre las personas del ejemplo anterior, § 263, inc. 4.º StGB). Si falta la instancia de persecución penal y ya no puede ejercerse, surge un impedimento procesal definitivo (cf. *supra* § 14 nm. 19) y el proceso debe ser sobreseído.

b) La situación es diferente en los delitos dependientes de instancia privada relativos. En estos casos, la falta de instancia de parte puede ser reemplazada por la fiscalía mediante su afirmación de que existe un interés público especial en la persecución (p. ej. §§ 182, inc. 3.º; 5.º, 230 StGB). También puede manifestarlo mediante el ejercicio de la acción. Su decisión no puede ser revisada por el tribunal.[615]

c) Un caso especial es el de los hechos que ya no pueden ser perseguidos de oficio cuando se opone el facultado a ejercer la instancia (§ 194, inc. 1.º, 2.ª y 3.ª oración, inc. 2.º, 3.ª oración StGB; «la mentira de Auschwitz»).

2. Delitos sujetos a antejuicio o a una autorización especial para la persecución

En los hechos penales de importancia política, para la persecución penal de oficio es necesaria una autorización, no sujeta a un plazo, de un funcionario, del Gobierno federal, del presidente o de otro órgano político (§§ 90; 90b; 97; 194, inc. 4.º; 353a, b StGB). En el caso de hechos penales contra Estados extranjeros es necesaria, además, la instancia penal del Gobierno extranjero (§ 104a StGB).

3. Delitos de acción privada

(4) Aquí, el principio de oficialidad no solo se encuentra limitado, sino directamente quebrado. En estos delitos (cf. el catálogo en el § 374; cf. *infra* § 39 nm. 8), el ofendido puede ejercer por sí mismo la acción penal en lugar de la fiscalía (§ 385). Ella no puede impedirlo, pero puede asumir en cualquier momento la continuación del proceso, aun en contra de la voluntad del acusador privado (§ 377, inc. 2.º). Si desde el inicio el proceso se realizó de oficio (§ 376), ya no hay más espacio para una acción privada.

II. PRINCIPIO ACUSATORIO

(5) El tribunal solo puede investigar y juzgar un hecho penal cuando ha sido puesto en su conocimiento mediante una acusación (§ 151). Donde no hay acusador, no hay juez. Este principio rige sin excepciones. El juez nunca es inquisidor,

---

615. *BGHSt* 16, 225, 230; muy discutido, cf. Fischer, § 230 nm. 3.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

es decir, juez y acusador al mismo tiempo (cf. *supra* § 6 nm. 7). El proceso penal alemán no es un proceso inquisitivo, no obstante, se procede de manera «inquisitiva»; la distinción entre modelos contradictorios e inquisitivos se ha generalizado especialmente en el derecho internacional comparado (cf. *supra* § 11 nm. 1).

(6) El principio acusatorio se garantiza mediante una actuación del tribunal únicamente dentro de los límites del hecho acusado, § 155 (cf. *supra* § 13 nm. 5). Los roles de acusador y juez, aun en casos extremos, se encuentran estrictamente separados. Si en la audiencia se comete un hecho penal ante el tribunal, este solo puede determinar el hecho, lo demás (en concreto, la acusación) debe dejárselo al «funcionario competente» (la fiscalía, § 183 GVG). Si en un caso de peligro en la demora el juez de la investigación actúa como «fiscal de emergencia» (§ 165), la fiscalía conserva el dominio sobre el procedimiento (§ 167). El hecho de que en el procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública (cf. *supra* § 12 nm. 9 ss.), la fiscalía sea obligada por el tribunal a promover la acusación, ciertamente la «debilita», pero preserva y confirma el principio acusatorio.

III. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

(7) El principio de legalidad obliga a la fiscalía a perseguir toda sospecha inicial y a elevar la acusación cuando exista sospecha suficiente (§§ 152, inc. 2.º; 170, inc. 1.º). Este deber es la contracara del derecho exclusivo de acusar (cf. *supra* § 6 nm. 8). La rigurosa obligación de acusar y perseguir que establece el principio de legalidad se corresponde con la idea superada de la concepción retributiva, propia de las teorías absolutas de la pena. El principio de legalidad no toma en consideración fines político-criminales ni una concepción moderna de la pena. Pero aun dejando de lado estos aspectos, por motivos pragmáticos el principio es irrealizable. Las instancias de la persecución penal están obligadas a proceder de manera selectiva. El trasfondo constitucional del principio de legalidad (división de poderes en un Estado de derecho, principio de igualdad) obliga al legislador a establecer un concepto político-criminal razonable. De ello, estamos muy lejos.

IV. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

(8) El principio de oportunidad, concebido como una excepción al principio de legalidad, se ha transformado hace tiempo en un instrumento confuso desde el punto de vista teórico, pero irrenunciable en la práctica. Este principio permite a las autoridades a cargo de la persecución establecer los puntos centrales de la lucha contra el crimen (cf. al respecto y sobre casos particulares *supra* § 12 nm. 13 ss.).

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

V. MANDATO DEL PROCESO LEAL

1. Derecho alemán

(9) Todo proceso penal debe realizarse de manera leal. Este mandato se deduce fácilmente de la Constitución (arts. 1, 20, 28, 103, inc. 1.º GG), pero es difícil de concretar. La StPO contiene un sistema de «checks and balances». Garantiza el derecho a ser oído conforme a la ley (§§ 33; 33a; 136; 201; 243, inc. 5.º; 257; 258, inc. 2.º; 308, inc. 1.º; 311a), el derecho de defensa, la libertad de declarar del imputado, la posibilidad de recurrir; establece prohibiciones probatorias y contiene numerosos deberes de instrucción. Si el principio de lealtad debe tener algún significado más allá de ello, solo puede consistir en hacer valer los intereses del imputado en situaciones conflictivas, no sacrificarlos frente a la eficiencia de la administración de justicia (que también constituye un principio del Estado de derecho) y en que el proceso preferentemente sea realizado de manera pública. Sin embargo, estas son solo directivas cuya implementación en el caso en concreto puede ser discutida. El derecho procesal es derecho formal, y la formalización del «ritual» de un proceso tiene buenos motivos, que no deben ocultarse tras la mención genérica de un principio difuso. Por ello, el BGH, con razón, es cauteloso en el tratamiento del mandato de lealtad;[616] aunque considera extraño derivar de las infracciones un impedimento procesal,[617] dejó de preguntarse si el proceso como un todo habría perdido el fundamento,[618] y más bien realiza una «visión general» [*Gesamtschau*] de todas las circunstancias. Si de ello resulta que principios procesales esenciales, aunque no lesionados, sí han sido «afectados» de manera no solo marginal, se deriva una prohibición de valoración.[619] Por lo demás, el principio del proceso leal, como un principio «regulativo», exige que ante una reducción de la base probatoria, forzada por el Ejecutivo, se reaccione mediante una valoración cuidadosa de la prueba y la aplicación del principio *in dubio pro reo* (cf., al respecto, *infra* nm. 22). Recién cuando ya no sea posible «investigar el verdadero hecho de manera imparcial, sin influencia del Poder Ejecutivo», corresponde considerar la existencia de un impedimento procesal.[620]

> **Ejemplo:** La autoridad impide que un testigo declare y con ello limita tanto los derechos de la defensa como las posibilidades de conocimiento del tribunal. También hay ejemplos de una «ampliación» desleal de la base probatoria: mientras que el acusado detenido se encuentra en el juicio oral, la fiscalía permite el registro de su celda. Esto es desleal, pero no fundamenta un impedimento procesal.[621]

---

616. *BGHSt* 40, 211, 217 s.; 43, 212.
617. *BGHSt* 42, 191, 193; además, Beulke/Satzger, *JuS* (1997), 1074.
618. *BGHSt* 46, 159 171.
619. BGH, *NStZ* (2010), 519: no se lesionaron los § 100f y § 136a, pero en conjunto se habría tratado de un procedimiento desleal.
620. BGH, *NStZ* (2004), 343, 345.
621. OLG Karlsruhe, *StV* (1986), 10; Volk, *StV* (1986), 36.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

A través de una incautación inadmisible, la fiscalía se hace de los escritos con la estrategia defensiva. Más allá de la inadmisibilidad, ello fue claramente desleal, pero no impide la continuación del proceso (sobre la prohibición de valoración, cf. *supra* § 14 nm. 30).[622]

El mandato de lealtad también prohíbe proceder de manera «formalista» y refugiarse en la letra de la ley. Esto es especialmente evidente en el juicio oral. El principio de lealtad, dirigido al juez, se transforma en *el deber de asistencia judicial.*

> **Ejemplo:** El acusado, que no tiene defensor, debe ser advertido sobre sus oportunidades y posibles errores, incluso más allá del deber de instrucción previsto en la ley. Si formula un requerimiento de prueba que no cumple con los requisitos necesarios (cf. *infra* § 25 nm. 2), el tribunal debe preguntarle qué es lo que pretende con ello.

El deber de asistencia judicial, además, manda subsanar defectos procesales. Como el principio de lealtad, sirve en general para mantener el equilibrio entre los intereses de los intervinientes en el proceso y el descubrimiento de la verdad en un proceso «eficiente».[623]

2. Derecho europeo

(10) El art. 6.º del CEDH contiene en los incs. 1.º y 3.º, en total, quince derechos fundamentales del proceso judicial, que se consideran una concreción del derecho más amplio a un proceso leal (inc. 1.º).[624] El CEDH, en cuanto tratado de derecho internacional, se transformó en derecho alemán y, por ello, tiene rango de ley simple. Sin embargo, en caso de contradicciones con los derechos fundamentales, sus garantías deben ser interpretadas conforme a la Convención,[625] de tal forma que en la práctica el CEDH se impone e influye en el derecho alemán.[626]

VI. MANDATO DE CELERIDAD

1. Duración del proceso

(11) *a*) En el proceso penal se debe investigar la verdad material, y ello puede llevar mucho tiempo. Sin embargo, un proceso penal no es un proyecto de investigación histórica. La verdad debe averiguarse con medios limitados (procedimiento de prueba estricta, cf. § 23 nm. 7), con gastos también limitados y, por sobre todo, lo más rápido posible. El proceso penal es una

622. BGH, *NStZ* (1984), 419.
623. Cf. Maiwald, en FS Lange, 745.
624. Cf. Satzger, *JA* (2002), 838; para mayores detalles véase Ambos (2014), § 10 nm. 24 ss.
625. *BVerfGE* 74, 358; *BGHSt* 46, 93, 97.
626. Weigend, *StV* (2000), 384.

ISBN: 978-84-18432-78-1

DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

carga para el imputado y una injerencia profunda en sus derechos; por eso, tiene derecho a ser escuchado y a recibir una explicación «dentro de un plazo razonable» (art. 6.º, inc. 1.º, 1.ª oración CEDH; principio del Estado de derecho, art. 20, inc. 3.º GG). Además, la calidad de las pruebas disminuye con el transcurso del tiempo. Por otra parte, cuanto más se prolonga la imposición de la pena después del hecho, menos sentido (preventivo) tiene. Es extremadamente discutido qué consecuencias debe acarrear la lesión del mandato de celeridad.

(12) *b*) Según la opinión dominante, la excesiva duración del proceso no conduce al sobreseimiento por la existencia de un impedimento procesal (con más detalle, *supra* § 14 nm. 27).

2. La máxima de concentración

(13) En el juicio oral, el principio general de la celeridad se resume en la máxima de concentración. Se regula con precisión cuántos días deben transcurrir entre los términos fijados para la realización de las audiencias. La ley distingue entre interrupción y suspensión (§§ 228, 229).

(14) La *interrupción* tiene como consecuencia que el juicio oral debe comenzar nuevamente (§ 229, inc. 4.º). En el caso de la *suspensión*, el juicio continúa. La distinción no depende de lo que disponga o desee el tribunal (o bien el presidente, § 228, inc. 1.º); sino de la duración efectiva de la pausa. Si esta no dura más de tres semanas, se trata de una suspensión (§ 229, inc. 1.º); de lo contrario, de una interrupción.[627] Para procesos de gran magnitud se prevén excepciones (§ 229, inc. 2.º). El plazo se suspende si el acusado o la persona llamada a pronunciar la sentencia enferma o toma una licencia de maternidad o parental (§ 229, inc. 3.º). Los juicios orales deben ser realizados con celeridad y de manera concentrada para que las impresiones se mantengan frescas y no se alteren los recuerdos.

VII. PRINCIPIO DE INVESTIGACIÓN

(15) La fiscalía y el tribunal tienen el deber de investigar de oficio el hecho (§§ 155, inc. 2.º; 160, inc. 2.º; 244, inc. 2.º). No dependen de la iniciativa de los intervinientes, ni están vinculados a sus requerimientos. Esta actividad puede describirse con otras palabras que, sin producir una modificación sustantiva, también se encuentran en otra denominación de este principio: las autoridades a cargo de la persecución tienen el derecho y el deber de investigar el suceso

627. El BGH, *NStZ* (2008), 113 considera que esto es «confuso» y concede al tribunal un margen de discreción, cuando no puedan obtenerse más «beneficios». El plazo de suspensión solo está garantizado cuando las cuestiones materiales o procesales son tratadas de tal manera que lleven el asunto muy cerca de su conclusión (BGH, *NStZ* [2008], 115). De otra manera, se trata de una «posposición de plazos» realizada de manera ficticia.

(principio de investigación); instruyen por sí mismas (principio de instrucción) y proceden de manera inquisitiva (principio inquisitivo; sobre esta expresión, cf. *supra* nm. 5). Como quiera que se le denomine, a través de este principio se ponen de manifiesto las diferencias con el proceso civil, donde rige el principio dispositivo. En el proceso penal, ni el objeto del litigio, ni el procedimiento de prueba se encuentra a disposición de los intervinientes. La confesión no vincula al juez (cf., sin embargo, el § 288 ZPO); las «partes», fiscalía y acusado, no tienen la obligación de presentar prueba (§ 282 ZPO) y no pueden ponerse de acuerdo para que algo no sea discutido. Una «verdad formal» semejante no existe en el proceso penal, pues su objetivo es descubrir cómo fue realmente el hecho (verdad material, con más detalle, *infra* § 29 nm. 1 ss.; § 30 nm. 4).

VIII. PRINCIPIO DE LA LIBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

(16) En la búsqueda de la verdad, si bien el tribunal está sujeto a determinadas reglas del procedimiento probatorio, decide sobre el resultado de la recepción de la prueba «según su libre convicción extraída de la esencia del juicio» (texto del § 261). Desde un punto de vista histórico, esta disposición proclama el abandono del procedimiento inquisitivo. Hasta entrado el siglo XIX, el procedimiento era escrito y secreto. El juez asumía la investigación del hecho y estaba vinculado a determinadas reglas probatorias. En virtud de la ley era considerado verdadero aquello que surgía del contenido de una confesión creíble o de la declaración concordante de dos testigos intachables; la prueba indiciaria era inadmisible. El juez, limitado a la comprobación del hecho, remitía las actuaciones a un colegio decisor [*Spruchkollegium*] y obtenía de ellos la sentencia. Este colegio no podía formarse una impresión personal del acusado, pues solo podía leer las actuaciones («*quod non est in actis non est in mundo*”). La Revolución francesa abrió las puertas del tribunal, sentó legos en el banco de los jueces («en el nombre del pueblo») y terminó con el procedimiento escrito y mediato.[628] El proceso se organizó de forma oral e «inmediata». Como los legos no podían quedar sujetos a reglas sobre la valoración de la prueba establecidas jurídicamente, la íntima convicción («intime conviction»), extraída de la «esencia» del juicio presenciado, se convirtió en criterio de verdad. Esta libertad judicial no puede convertirse en arbitrariedad y debe tener límites. La sentencia debe contener una fundamentación de los hechos objetiva y comprensible (con más detalle, *infra* § 29). No obstante, resta un amplio margen para la libre valoración de la prueba. El juez puede creer en lo que dice un testigo, a pesar de que otros dos manifiesten lo contrario. Puede considerar que la declaración del acusado es creíble, aunque haya sido puesta en duda por los testigos y puede tener por verdadero el contenido de un documento, aunque el acusado diga que al redactarlo no escribió la verdad (o a la inversa), etc.

628. Cf. Volk, *JuS* (1991), 281.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

El principio de la libre valoración de la prueba rige también en el procedimiento de investigación y en el procedimiento intermedio; en estas etapas tampoco hay una sujeción a reglas probatorias. Sin embargo, debe tenerse en claro que en ellas no se trata todavía de comprobar la verdad. La fiscalía solo está obligada a esclarecer si existe una sospecha suficiente, y la tarea del tribunal en el procedimiento intermedio únicamente es comprobar dicha apreciación.

IX. PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO*

(17) El acusado solo puede ser condenado cuando el tribunal está convencido de que es culpable (cf. *supra* nm. 16). Si tiene dudas insuperables, debe ser absuelto. Este es el sentido del principio *in dubio pro reo*. Este principio no está establecido en la ley. El art. 6.º, inc. 2.º CEDH regula la presunción de inocencia y con ello, implícitamente, que nadie puede ser condenado sin «una prueba legal de su culpabilidad». A esta comprobación solo se llega cuando el tribunal se ha convencido de la culpabilidad (§ 261). La vigencia de la regla *in dubio pro reo* está garantizada por el derecho consuetudinario desde que rige el principio de la libre valoración de la prueba.

1. Función

(18) En toda clase de procedimiento debe existir una norma que regule cómo debe procederse cuando un hecho no puede ser probado. En el proceso penal, esa regla es el *in dubio pro reo*. Desde un punto de vista estructural, se trata de una regla sobre la carga de la prueba. No obstante, la opinión dominante evita esta denominación, porque para el Estado una absolución nunca es una carga. Además, en el sistema del derecho penal no existe una distribución de la carga de la prueba. La distinción entre una «prueba de cargo», que comprende los hechos que fundamentan la culpabilidad, y una «prueba de descargo», que abarca los argumentos contrarios (causas de justificación, de exclusión de la culpabilidad y de exclusión de la pena) fue superada, a más tardar, desde que la StPO entró en vigor. La «carga de la prueba» siempre recae sobre el Estado. Tampoco hay una carga de producir prueba: es competencia del tribunal comprobar y excluir la existencia de causas de justificación, etc. (principio de investigación).

(19) Por lo tanto, la idea de una carga de la prueba es poco compatible con las relaciones del derecho procesal penal, pero al menos es adecuada para advertir dos errores fundamentales. Primero, el *in dubio pro reo* solo dice qué debe suceder en caso de duda, pero no, cuándo debe dudarse. La regla solo puede emplearse cuando el tribunal tiene dudas. El convencimiento del tribunal no puede atacarse con el argumento de que de acuerdo con la razón debería haber dudado. Segundo, el *in dubio pro reo* no es una regla de apreciación de la prueba. En caso de duda, el tribunal no está obligado a considerar verdadera la alter-

nativa del suceso más favorable al acusado;[629] solo está impedido de establecer consecuencias jurídicas desfavorables.

Ejemplo: La afirmación del acusado, según la cual, no estuvo en el lugar del hecho, sino en el restaurant Zum wilden Mann a 20 km de distancia y, por lo tanto, no puede ser el autor del incendio, no pudo ser probada. En tal caso, no puede decirse: «El tribunal tiene dudas acerca de si el acusado estuvo en el lugar del hecho y en su beneficio tiene por acreditado que se encontraba en el restaurant Zum wilden Mann». Antes bien, debe decirse: «El tribunal tiene dudas acerca de si el acusado estuvo en el lugar del hecho y cometió el delito. Por esta razón, fue absuelto».

En un primer momento, el *BGH* no quiso aplicar el *in dubio pro reo* a la prueba de la coartada,[630] pero luego corrigió esta decisión.[631]

2. Ámbito de aplicación

a) Etapas procesales

(20) Por regla general, el principio recién tiene relevancia cuando el tribunal debe formar su convicción sobre la culpabilidad o la inocencia, esto es, al final del juicio oral. En los procedimientos preliminar e intermedio, la acusación y el auto de apertura tienen como base una sospecha (suficiente); la cual siempre implica que existen dudas. Sin embargo, la fiscalía descarta la probabilidad de una condena y, por lo tanto, no interpone la acusación cuando realiza un pronóstico y considera que la duda es insuperable.

b) Cuestiones relativas a la culpabilidad y a la punibilidad

(21) Estos son los ámbitos de aplicación clásicos y seguros del principio *in dubio pro reo*.

c) Presupuestos procesales

De acuerdo con un punto de vista acertado, el *in dubio pro reo* debe aplicarse a todos los presupuestos procesales (con más detalle, *supra* § 14 nm. 10).

d) El resto del derecho procesal

(22) La opinión dominante entiende el *in dubio pro reo* como el efecto procesal del principio de culpabilidad, por lo cual, no debe aplicarse en caso de dudas en el ámbito del derecho procesal.

629. Así también BGH, *NStZ* (2001), 609; cf. también *NStZ-RR* (2013), 20.
630. *BGHSt* 25, 285; además, Volk, *JuS* (1975), 25.
631. BGH, *NStZ* (1983), 422, con comentario de Volk.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Ejemplo: No es claro si el imputado fue golpeado durante su interrogatorio (§ 136a). La prohibición de valoración solo se aplica cuando la infracción fue comprobada.[632]

En estos casos, se traspasa el ámbito de aplicación del *in dubio pro reo*, entendido como una regla para la decisión de mérito. En el derecho procesal, con frecuencia, no puede determinarse cuál sería la decisión más favorable para el acusado en caso de duda.

Ejemplo: El presidente rechazó, quizás de manera incorrecta, una pregunta formulada por el fiscal a un testigo (§ 241, inc. 2.º).

Aquí, ¿cuál sería la solución *pro reo*?

La pregunta acerca de qué debería ocurrir cuando la formalidad del procedimiento posiblemente no haya sido garantizada debería responderse a partir de una consideración de conjunto entre el principio del Estado de derecho y el derecho procesal según el tipo de infracción de que se trate. Por ejemplo, en el caso del § 136a muchos argumentos hablan a favor de aceptar la existencia de una prohibición de valoración en caso de duda. En el ámbito penal, no existe un proceso *in camera*, en el que solo el tribunal tiene acceso a las actuaciones secretas. Los intereses del Ejecutivo en mantener el secreto repercuten en la aplicación del *in dubio pro reo*.[633]

Cuando la recepción de una prueba central se ve frustrada por medidas oficiales, «el juez de la investigación al formar su convicción debe tener en cuenta las limitaciones a sus posibilidades de conocimiento, así como la reducción de los derechos de defensa del acusado, y analizarlos en la fundamentación de la sentencia, en el marco de la valoración de la prueba. De otro modo, su apreciación de la prueba es incompleta y lesionaría el derecho del acusado a un proceso leal y conforme al Estado de derecho (art. 20, inc. 3.º, en relación con el art. 2.º, inc. 1.º, GG; art. 6.º, inc. 1.º CEDH). En tales casos, la reducción de las posibilidades de conocimiento del tribunal debe considerarse mediante una valoración de la prueba particularmente cuidadosa y, dado el caso, aplicar el principio de la duda».[634]

(23) Sobre la aplicación del *in dubio pro reo* en el procedimiento de revisión cf. *infra* § 38 nm. 19 s.; en el caso de indicios, *infra* § 23 nm. 4.

(24) Las cuestiones jurídicas deben ser resueltas y no pueden quedar en la duda.

X. PRINCIPIO DE ORALIDAD

(25) La reconstrucción del hecho no debe realizarse mediante un estudio de las actuaciones a puertas cerradas (como en el antiguo procedimiento, cf. *supra*

632. *BGHSt* 16, 164; cf. *supra* § 9 nm. 13.
633. BGH, *NStZ* (2000), 265.
634. BGH, *NStZ* (2004), 343 (caso El Motassadeq).

nm. 16), sino en presencia de todos los intervinientes en el proceso y de manera pública (más detalles, *infra* nm. 28 ss.). Sobre el reproche se discute en forma oral. La sentencia solo puede ocuparse de aquello sobre lo «que se debatió en el juicio» (cf. también § 261). El acusado, que tiene derecho a examinar las actuaciones solo bajo ciertas condiciones, debe tener la posibilidad de oír todo aquello que le es imputado, para poder decir algo al respecto; los jueces legos (que tampoco tienen acceso a las actuaciones, cf. *supra* § 5 nm. 15) deben tomar parte en el debate, y el público debe poder seguir la marcha del proceso. El principio de oralidad no admite que solo se haga referencia a los documentos; ellos deben ser leídos (§ 249, inc. 1.º). Los detalles y las excepciones son analizados en la sección correspondiente al derecho probatorio (*infra* § 27 nm. 1 ss.).

XI. PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

(26) El tribunal tiene competencia exclusiva para establecer la verdad. Debe aproximarse lo más posible al suceso y, por ello, ante él debe producirse la prueba «directa». Sin embargo, la StPO en ninguna parte establece que debe utilizarse el medio de prueba más próximo al hecho. Los indicios indirectos pueden ser más confiables que un testigo. Si bien la prueba de personas tiene preeminencia sobre la prueba material, solo se regula que, si aquella puede producirse, no debe ser sustituida por un documento (§ 250; sobre los detalles y múltiples excepciones, cf. *infra* § 27 nm. 1 ss.). Esta prioridad no está relacionada con la calidad del medio de prueba, en especial, porque el derecho alemán, a diferencia por ejemplo del sistema angloamericano, también admite los testigos de oídas. En la medida que este testigo diga lo que oyó, no se lesiona el principio de inmediación. Sin embargo, como él no presenció el hecho, no puede afirmarse que tal prueba de testigos siempre sea preferible frente a una prueba material o documental. En suma, la calidad del procedimiento probatorio no se ve tan garantizada por la «inmediación» como por el deber judicial de esclarecimiento (§ 244, inc. 2.º).

El principio de inmediación, además, está relacionado con el principio de oralidad (más detalles cf. § 26 nm. 1 ss.).

XII. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD[635]

1. Función del principio

(27) «El juicio ante el tribunal que conoce el caso, incluido el pronunciamiento de la sentencia y los autos, es público» (texto del § 169, 1.ª oración GVG). Los fundamentos históricos de la publicidad del juicio residen en la protección ante la arbitrariedad y el secreto, así como frente a influencias e intromisiones extrañas a la causa («justicia de gabinete»). En la actualidad predomina el interés de

635. Cf. con respecto a todo ello NK-StPO-GVG/Ambos/Penkuhn (2022), § 169 ss. GVG

la generalidad en la información. La publicidad indirecta, proporcionada por los medios de comunicación, tiene un efecto mayor que la participación directa del público. El alto valor del principio de publicidad, que como elemento del Estado de derecho tiene jerarquía constitucional, es relativizado mediante la protección del derecho fundamental de la personalidad de los acusados, testigos y demás personas que toman parte en el proceso.

2. Concepto de «publicidad»

(28) El principio exige que «cualquier persona, sin tomar en consideración su pertenencia a determinado grupo de la población o determinadas características personales, puede participar como oyente en los juicios de los tribunales».[636] El público no cuenta con esta posibilidad cuando solo se dispone de una silla, pues una sola persona no puede considerarse representante de la generalidad.[637] Por otra parte, cuando todas las plazas de la sala ya están ocupadas, el público que espera afuera no tiene un derecho a que el tribunal se mude a una sala más grande. Si la sala se llenó con el curso de una escuela, nadie puede hacer valer que tiene prioridad (p. ej. como pariente). Para la prensa rige una excepción a este principio de igualdad (palabra clave: publicidad mediática, art. 5.º GG); a ella se le debe reservar lugar. En el caso de los procedimientos que son particularmente interesantes desde el punto de vista de la historia contemporánea o la política general (p. ej., el procedimiento contra el grupo neonazi NSU [*Nationalsozialistischer Untergrund*]), puede haber problemas de espacio. En este caso, debe garantizarse al menos un procedimiento de selección justo. Esto significa que puede ser necesario diferenciar según el tipo de medio de comunicación y, por ejemplo, permitir la participación de medios de comunicación extranjeros si hay un interés especial en el extranjero, como en el caso del procedimiento contra el NSU.[638] La posibilidad de ingresar como oyente solo existe cuando se conoce dónde se va a realizar el juicio. Si el juicio oral tiene lugar en la habitación de un hospital, debe indicarse en la sala de audiencia originaria en qué nosocomio y (eventualmente) en qué cuarto.[639]

3. Ampliación de la publicidad

(29) El tribunal puede mudar el juicio a una sala con mayor capacidad, pero no a un cine o a un centro municipal. Invirtiendo una cita clásica: el tribunal no debe subir a escena (cf. *infra* § 36 nm. 19).

---

636. *BGHSt* 28, 341, 343.
637. OLG Köln, *NStZ* (1984), 282.
638. *BVerfG*, *NJW* (2013), 1293; cf. también Von Coelln, DÖV (2006), 804.
639. Cf. BGH, *NStZ* (1981), 311.

4. Limitaciones a la publicidad

(30) *a*) El concepto de publicidad tiene limitaciones inmanentes. Puede suceder que la publicidad resulte fácticamente imposible (p. ej., al realizarse una inspección ocular en un ámbito tan pequeño en el que apenas caben los intervinientes en el proceso). También pueden presentarse límites de carácter jurídico: el dueño de la casa donde se realizará el juicio deniega el ingreso al público con base en su derecho de propiedad.[640]

(31) *b*) Los controles de identidad, las requisas en busca de armas, etc., pueden intimidar a los oyentes y, de esta forma, producir una limitación indirecta de la publicidad. Sin embargo, estas medidas preventivas son admisibles si la realización de un juicio conforme al ordenamiento no puede garantizarse de otro modo.[641]

(32) *c*) También la exclusión de determinadas personas limita la publicidad. El ingreso puede ser denegado desde un principio, cuando se lesione o ponga en peligro la imagen del tribunal en la comunidad social («dignidad del tribunal»; § 175, inc. 1.º GVG). Este es el caso de personas «no adultas», esto es, que todavía no tienen 18 años de edad y que evidentemente son demasiado inmaduras para tomarse el juicio con seriedad, así como de personas en estado de ebriedad, perturbadores, etc. Durante la audiencia puede ser excluido quien no respete las órdenes del presidente dirigidas a mantener el orden (§ 176 GVG). El presidente decreta la exclusión cuando se trata de personas que no toman parte en el proceso, en el resto de los casos decide el tribunal (§ 177 GVG). El § 177, 1.ª oración GVG no menciona a los asesores, escabinos, la fiscalía, el defensor, los abogados asesores o representantes de un acusador particular, el acusador adhesivo o los intervinientes accesorios. Ellos pueden ser exhortados a mantener el orden (§ 176 GVG), pero no excluidos. Contra ellos tampoco son admisibles medidas de corrección por falta de decoro (§ 178 GVG).

(33) Más allá del texto de la ley, puede ser excluido del juicio contra el autor (potencial) quien es imputado en un procedimiento de investigación por participación o por un delito conexo. El fundamento yace en la existencia de «puntos de vista procesales superiores».[642] Del § 58, inc. 1.º se deduce que en cuanto se advierta la posibilidad de que un oyente pueda ser convocado como testigo, debe requerírsele que abandone la sala de audiencia.[643] Ello presupone la existencia de indicios concretos e individualizados. Una exclusión general, orientada a características grupales («todos los armenios deben abandonar la sala») es contraria al derecho.[644]

(34) Cuando una exclusión resulta contraria a la ley, se lesiona el principio de publicidad (con la consecuencia de que se genera un motivo absoluto de casación, § 338, núm. 6). Es cierto que el juicio todavía sigue siendo público, pero no

---

640. *BGHSt* 40, 191; en contra, con acierto, Lilie, *NStZ* (1993), 121.
641. BVerfG, *NJW* (2012), 1863; *BGHSt* 27, 13, 15; 29, 258; BGH, *NJW* (1995), 3196.
642. *BGHSt* 3, 386.
643. *BGHSt* 3, 386; BGH, *NStZ* (2001), 163.
644. BGH, *NStZ* (2004), 453.

ISBN: 978-84-18432-78-1

DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

existe otra forma de sancionar el exceso en el ejercicio de los poderes de policía de la audiencia.

5. La exclusión (total) de la publicidad

(35) La exclusión total de la publicidad se encuentra regulada taxativamente en los §§ 171a, b; 172 GVG.

> **Ejemplos del § 172 GVG:** Núm. 1, peligro de que un informante sea desenmascarado («amenaza para el orden público»); núm. 1a, protección de testigos. No procede cuando existe la mera expectativa de que el acusado únicamente confesará si se excluye la publicidad (no es un caso abarcado por el núm. 1);[645] tampoco cuando el testigo teme informes falsos de la prensa.[646]

(36) Determinadas personas, como por ejemplo cronistas de los medios de prensa, pueden ser autorizadas a presenciar el juicio (§ 175, inc. 2.º). En caso de amenaza para la seguridad del Estado rige, en virtud de la ley, una prohibición de publicidad (§ 174, inc. 2.º GVG). En otros casos, el tribunal puede imponer a los participantes el deber de guardar silencio (§ 174, inc. 3.º GVG).

6. Cine, radio y televisión

(37) Tales grabaciones están fundamentalmente prohibidas durante la audiencia y el pronunciamiento de la sentencia, § 169, 2.ª oración GVG. Sin embargo, la «Ley de ampliación de la publicidad a través de los medios de comunicación en los procedimientos judiciales», de 8 de octubre de 2017, ha supuesto varias rupturas de esta prohibición fundamental. Antes de que entrara en vigor, se reconocía al menos el derecho de los medios de comunicación a realizar un reportaje televisivo desde la sala del tribunal no solo en las pausas, sino también antes del comienzo y después de finalizada la audiencia oral.[647] Además, ahora se puede permitir la transmisión de audio de la audiencia a una sala de trabajo para los representantes de los medios de comunicación (§ 169 inc. 1.º, 3.ª oración). El § 169 inc. 2.º permite las grabaciones de sonido con fines científicos o históricos, siempre que el procedimiento en cuestión sea «de destacada importancia histórica para la República Federal de Alemania». De acuerdo con lo establecido por las decisiones del BGH, «en casos especiales» las grabaciones sonoras y cinematográficas con fines de publicación están permitidas en virtud del § 169 inc. 3.º.

(38) Las *fotografías* no están abarcadas por el § 169, inc. 1.º, 2.ª oración GVG; pero son prohibidas por el presidente en todos los casos, y de forma acertada, en virtud del § 176 GVG. Los dibujos y los apuntes están siempre permitidos.

---

645. *BGHSt* 9, 280.
646. *BGHSt* 30, 193, 195.
647. *BVerfGE* 119, 309, 318 ss.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

En el proceso alemán, las grabaciones en bandas magnetofónicas no son la regla, pero el presidente puede ordenarlas (cf. § 168a, inc. 2.º).

Casos y preguntas

122. ¿Qué principios procesales conoce?
123. ¿Qué significa el principio de oficialidad?
124. ¿En qué casos se limita o se quiebra el principio de oficialidad?
125. «Donde no hay acusador, no hay juez». ¿A qué principio del derecho procesal penal se refiere esta frase?
126. A es acusado ante el AG por el hurto de un automóvil. Durante el juicio se comprueba que unos días antes A había sido sorprendido hurtando en una tienda. ¿El tribunal puede condenar a A por este último delito?
127. ¿Qué principio constituye el correlato necesario del monopolio de la acusación perteneciente a la fiscalía?
128. K no tiene hogar y se ha quedado sin recursos. Tiene hambre y hurta dos panes de una panadería. Es denunciado. ¿La fiscalía puede prescindir de presentar la acusación?
129. ¿De dónde se deriva el mandato de celeridad y con qué fin del proceso puede colisionar?
130. ¿Cuándo se habla de interrupción del juicio oral y cuándo de suspensión?
131. ¿En la investigación del hecho, la fiscalía y el tribunal están vinculados a las iniciativas o los pedidos de los intervinientes?
132. ¿En qué cuestiones tiene aplicación el principio *in dubio pro reo*?
133. El § 249, inc. 1.º establece que en el juicio oral los documentos y otros medios de prueba escritos en principio deben ser leídos. ¿Qué máxima se expresa aquí?
134. ¿A qué fin sirve el principio de inmediación?
135. ¿Cuál es el significado del principio de publicidad, qué finalidad tiene y dónde está regulado?
136. ¿Qué consecuencias tiene la inobservancia del principio de publicidad?
137. A es acusado de homicidio (hecho que generó gran conmoción en la opinión pública) ante el LG de Múnich. Luego de que en los preliminares del juicio oral hubo disturbios en contra del imputado, el tribunal ordenó estrictos controles para ingresar a la sala. Además, solo se autorizó la entrada de tantas personas como butacas libres había en la misma. Por ello, algunos interesados no pudieron presenciar el juicio. El presidente denegó el permiso para grabar durante la audiencia a un equipo de televisión que pretendía filmar parte del proceso para un noticiero y señaló que ello solo podía hacerse durante los cuartos intermedios. Como consecuencia de la amplia publicidad, se temió seriamente que K, la principal testigo de cargo, de 14 años, sufriera una carga psíquica grave. Por ello, el tri-

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

bunal excluyó la publicidad durante el interrogatorio de K. En este caso, ¿se lesionó el principio de publicidad?

138. Durante el juicio oral, el defensor X interrumpe en varias oportunidades al presidente, pretendiendo que se deje constancia en actas inmediatamente de una solicitud. Como consecuencia de la negativa del presidente, se produce entre ellos un intercambio de palabras en relación con el proceso. El presidente le exige finalmente que guarde silencio y como X no reacciona ante este requerimiento ordena que sea expulsado por la fuerza de la sala de audiencias. ¿Era admisible la expulsión del defensor X?

Comentarios desde la perspectiva española

Los principios que rigen en el proceso penal español son similares a los fijados en el ordenamiento alemán.[648] En ese sentido, hay que tener en consideración que el proceso penal se asienta en el principio de legalidad penal y en concreto podemos señalar la importancia del derecho al proceso con todas las garantías, que, aunque no mencionado de forma expresa en la Constitución española, sí que aparece reconocido en su esencia en el art. 24.2 CE.

El principio acusatorio es otro de los principios inspiradores del proceso penal, del que se desprenden tres consecuencias de transcendental relevancia:

– No puede existir proceso sin acusación, que debe ser formulada por persona distinta a la que vaya a juzgar.
– No es posible condena por hechos distintos de los reflejados en la acusación, ni contra persona distinta de la acusada.
– El juez no puede tener facultades de dirección material del proceso.

La creación del Ministerio Fiscal,[649] titular de la acción pública (art. 125 CE), es una pieza imprescindible en el proceso penal español, y es totalmente necesaria para que exista un sistema democrático de enjuiciamiento criminal. En España, sin embargo, el Ministerio Fiscal no ostenta el monopolio de la acción penal, sino que pueden aparecer otras acusaciones (particular,[650] privada[651] y popular[652]).

Se precisa de un procedimiento preliminar previo de investigación antes del enjuiciamiento, de modo que quien instruye no puede juzgar y se establece una regulación concreta de los actos de investigación garantizador y sus requisitos.

648. En detalle, entre otros Gómez Colomer y Barona Vilar (2021b, 271-288) y Gimeno Sendra (2021, 37-60).
649. En cuanto a los aspectos orgánicos del Ministerio Fiscal, puede consultarse la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
650. V. arts. 19, 37, 53, 105, 108, 651, 734, 782, 800, 801, 993 Lecrim.
651. Para los delitos privados de injurias y calumnias contra particulares (art. 215 CP y arts. 385, 622, 649, 650, 659, 681 y 875 Lecrim).
652. Art. 125 CE, art. 101 y 270 Lecrim, art. 19.1 LOPJ.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

El órgano encargado de la instrucción en España son los juzgados de instrucción (art. 87 LOPJ, v. capítulos 5 y 6).

La celebración del juicio oral y público (art. 120 CE) es un pilar fundamental que debe garantizarse como regla general y regular expresamente los supuestos excepcionales en la celebración de los juicios a puerta cerrada.

Otros principios presentes en el proceso penal español son el principio de necesidad u oficialidad, en el sentido de obligar a una investigación criminal cuando haya noticia de la comisión de un delito (arts. 259, 269 y 274 Lecrim). El principio de investigación oficial es clave en la fase de investigación para su correcto funcionamiento (arts. 299 y ss Lecrim). No podemos olvidar tampoco, mencionar, por el especial protagonismo que desempeña, la institución de la conformidad[653] que también tiene su tratamiento diferenciado.

Por último, los principios probatorios que rigen en el proceso penal son el respeto a la obtención de la prueba de forma lícita (art. 11 LOPJ), la valoración libre de la prueba (art. 741 Lecrim), el derecho constitucional a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y la regla probatoria *in dubio pro reo.*

653. Arts. 652, 655, 688-700, 784, 787 y 800-802 Lecrim.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Capítulo 19. El tribunal en el juicio oral

I. EL PRINCIPIO DEL JUEZ ESTABLECIDO POR LA LEY

(1) Del principio del juez establecido por la ley (cf. *supra* 5) se deriva, en relación con el principio de oralidad, el principio de concentración, § 226. Solo puede intervenir la cantidad de jueces profesionales y legos establecida por la ley (§ 192, inc. 1.º GVG), y no pueden ser intercambiados (sobre los jueces sustitutos v. § 192, inc. 2.º GVG).

El principio del juez establecido por la ley también garantiza el derecho a un juez sin prejuicios, que decide sobre el caso con la distancia de un tercero imparcial, sin tener un interés personal en el curso del proceso.

II. EXCLUSIÓN Y RECUSACIÓN

(2) La StPO tipifica algunos casos en los que existe el peligro de parcialidad. En estas situaciones, los jueces son excluidos (§§ 22, 23). La exclusión se produce en virtud de la ley y debe ser atendida de oficio, sin embargo, también puede ser requerida mediante un planteamiento de parcialidad (§ 24, inc. 1.º). Esta regla es taxativa, pero no abarca todos los casos en los que existe una sospecha de parcialidad. Esta sospecha puede hacerse valer mediante la recusación de los jueces (§ 24), sobre la cual se debe resolver en un procedimiento especial (§§ 26 ss.; cf. *infra* nm. 17 ss.).

(3) Las disposiciones sobre la exclusión y recusación, al igual que la garantía del juez establecido por la ley, rigen en todo el proceso. Más allá de la garantía de derecho fundamental, estas disposiciones comprenden a las «personas del tribunal» (cf. el título de la tercera sección), esto es, a los funcionarios del tribunal y al secretario (§ 31). Falta una regulación legal sobre la exclusión y recusación de los fiscales (al respecto, *infra* § 20 nm. 6 s.).

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

1. La exclusión

(4) En estos casos, el peligro abstracto de parcialidad no puede refutarse con el argumento de que el juez se siente soberano o de que así lo consideran los intervinientes en el proceso. La causa de exclusión ignorada o directamente inadvertida conduce a un motivo absoluto de casación (§ 338, núm. 2). En detalle:

Sinopsis 9: Exclusión (§§ 22, 23)

(5) § 22, núm. 2, 3	**Ejemplos:** No resulta lesionado en el sentido indicado, cuando en una estafa el juez es el destinatario del engaño, pero no el perjudicado. Si un juez lego es el apoderado de la empresa perjudicada, no resulta afectado y, por lo tanto, no debe ser excluido en virtud de la ley (aunque posiblemente sea parcial, § 24, inc. 2.º). Estas relaciones estrechas configuran una causa de exclusión; otras (p. ej., la mera convivencia) solo una causa de recusación.
(6) § 22, núm. 4	Quien con anterioridad se desempeñó a favor o en contra del imputado, ya no debe juzgar el caso. Debe evitarse ya la apariencia de una sospecha de parcialidad.[654] Por esta razón, el concepto «hecho» se interpreta de manera amplia y no se limita al mismo proceso. Si con anterioridad el juez se desempeñó como fiscal, es suficiente cualquier actividad que haya realizado con miras a investigar el hecho, incluso cuando el proceso se dirigió contra un autor desconocido y solo se puso en marcha mediante una disposición formal e insignificante.[655]
(7) § 22, núm. 5	Aquí también decide la identidad del hecho, no la del proceso. **Ejemplo:** El juez R fue interrogado como testigo en un proceso contra X. Ahora R es juez de una cámara penal donde tramita un proceso contra Y, a quien se le reprocha la participación en el hecho de X. Si bien es otro proceso, se trata del mismo hecho.
(8) § 23, inc. 1.º	La causa de exclusión solo se genera cuando el juez es interrogado, no cuando es mencionado como testigo (de lo contrario, con un requerimiento de prueba se podría diezmar el banco de jueces y disponer de la integración de los tribunales).
(9) § 23, inc. 2.º	Un juez no debe revisar su propia decisión en una instancia superior.

654. BGHSt 9, 193; 31, 358.
655. BGH, NStZ (1982), 78.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

(10)	**Ejemplo:** El juez R, como juez penal en el Tribunal Municipal, pronunció una condena. Contra ella, el acusado presentó un recurso de apelación. Para resolverlo sería competente una Cámara Penal del Tribunal Estadual que, entretanto, pasó a estar presidida por R. En el proceso de revisión decide otro tribunal con la misma competencia material (§ 140a, inc. 1.º GVG). La causa de exclusión también rige cuando se trata de una intervención anterior en la misma instancia. **Ejemplo:** El juez R, anterior integrante de la Cámara Penal I del Tribunal Estadual, ahora es presidente de la Cámara Penal III, competente para los procesos de revisión. Por lo demás, la ley no estableció como causa de exclusión la intervención en decisiones anteriores. **Ejemplos:** El juez R, como juez de investigación, interrogó al imputado que hoy es acusado ante la cámara penal en la que R ejerce la presidencia. El juez R, como miembro de la Cámara Penal II, dictó el auto de apertura en el marco del procedimiento intermedio de una causa que por conexidad (§ 237) pasó a tramitar en la Cámara Penal IV, que ahora integra el mismo R.

(11) Caso: El juez R, como juez de casación en el *OLG*, revocó una decisión y remitió la causa al Tribunal Municipal para que emita un nuevo pronunciamiento (§ 354, inc. 2.º). Luego se convirtió en el presidente de este Tribunal Municipal y del Tribunal de Escabinos que tiene que decidir sobre el caso referido. No corresponde su exclusión; ello hubiese ocurrido si su carrera hubiese tomado otro rumbo y hubiera cambiado su cargo en el Tribunal Municipal por el del Tribunal de Casación (§ 23, inc. 1.º). Ahora, ¿puede ser recusado por sospecha de parcialidad?

2. Recusación, § 24

(12) *a*) Un juez puede ser recusado por sospecha de parcialidad, pero no un tribunal («la Cámara Penal», «el Tribunal Estadual de Múnich»). Sin embargo, puede suceder que una causa de recusación alcance en la misma medida a todos los integrantes de un tribunal colegiado.

(13) *b*) La sospecha de parcialidad fundamenta la recusación. Ella tiene lugar cuando existe una causa «que resulta adecuada para justificar la desconfianza de la imparcialidad de un juez» (texto del § 24, inc. 2.º). De esto se deriva, en primer lugar, que el juez no tiene que ser efectivamente parcial (es suficiente con

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

que lo parezca); y, en segundo lugar, que no depende de cómo él considere su actitud interna; lo decisivo es la perspectiva de los otros. Por otro lado, no puede ser decisiva la sensibilidad individual de estos. La cuestión debe evaluarse racionalmente desde el punto de vista de quien plantea la recusación (§ 24, inc. 3.º), y, teniendo en cuenta todas las circunstancias que le son conocidas, ha de preguntarse si desde esta perspectiva existe un temor de parcialidad. En cambio, el factor determinante es si «bajo una evaluación razonable de los hechos que conoce, la persona que recusa tiene motivos para creer que el juez tendría una actitud interna hacia él que puede perturbar su necesaria imparcialidad y objetividad. El criterio para la evaluación de estos presupuestos es un acusado razonable o comprensible...».[656]

Ejemplos:

Hay sospecha de parcialidad si

- durante el procedimiento de apelación, el juez dijo que sería mejor que el acusado se disculpara con el ofendido en lugar de recurrir a la segunda instancia.[657]
- el acusado, que habría importado drogas, es intimado por el presidente del tribunal a prestar una confesión y advertido de que en Malasia por este delito se prevé una pena de prisión de cuatro años y en los Estados Unidos, la pena de muerte.[658]
- el presidente del tribunal pregunta al acusado por abuso sexual infantil cuánto tiempo más quiere seguir viendo sufrir a una testigo llorosa. Con ello genera la impresión de que lo considera culpable y de que lo está intimando a prestar una confesión.[659]
- durante una declaración testimonial, el juez deja traslucir que no considera que el testigo sea sincero, pues le dice que sería mejor que «cierre la boca» si no quiere decir la verdad.[660]
- el tribunal de manera precipitada acepta un acuerdo como definitivo (cf. también *infra* § 30 nm. 4 s.).[661]
- el juez cierra la recepción de la prueba, pese a la aparición de nuevas actas policiales sobre rastros, y anuncia que la pena será prisión perpetua a menos que el defensor presente al verdadero autor.[662]
- el juez publica en Facebook una foto en la que lleva una camiseta con las palabras «Damos un hogar a tu futuro – JVA».[663]

No hay sospecha de parcialidad cuando

- el juez informa al acusado sobre las consecuencias de su comportamiento procesal (distinto sería si dice: «Ya verá las consecuencias que le acarrea su mentira»);
- cuando el juez que interviene en un proceso por aborto es presidente de una asociación en contra del mismo. Un juez puede tener posiciones políticas,

656. BGH, *NStZ* (2016), 218, 219; cf. también p. ej. *NStZ-RR* (2018), 186, 187, así como Beulke/Swoboda (2020), nm. 69.
657. OLG Köln, *StV* (1988), 287.
658. BGH, *NStZ* (1991), 26.
659. BGH, *NStZ* (2007), 711. Sobre la presión para confesar con la «tenaza de la sanción», cf. *supra* § 9 nm. 15.
660. BGH, *NJW* (1984), 1907 ss.
661. *BGHSt* 45, 312.
662. BGH, *NStZ* (2003), 666.
663. BGH, *NStZ* (2016), 218.

convicciones religiosas, etc.. y no por eso tener prejuicios respecto del caso que debe juzgar;[664]
– cuando se realiza un proceso por violación contra el directivo de un banco y el juez (escabino) integra el consejo de vigilancia de esa misma institución.

(14) c) Grupos de casos

La relación *tribunal-imputado* es la fuente clásica de la recusación por parcialidad. El acusado no puede derivar de su propio comportamiento la parcialidad del juez (p. ej. a través de injurias). No es la provocación, sino en todo caso la reacción frente a ella la que hace surgir la sospecha de parcialidad.[665]

Ejemplo: El acusado dice al juez «cobarde» y el juez le responde «gánster».[666]

(15) El defensor, por sí mismo, carece de derecho a recusar (cf. § 24, inc. 3.º). Por ello, las disputas entre el tribunal y el defensor no constituyen una causa de recusación. Sin embargo, pueden influir de manera indirecta en la relación juez-acusado y, de esta forma, generar la sospecha de parcialidad.

Ejemplos: El juez revoca la designación de un defensor de oficio que gozaba de la confianza del acusado.[667] El juez recrimina al defensor: «Me pregunto, Sr. abogado, dónde estudió derecho».[668]

Los *testigos* tampoco tienen un derecho a recusar. Sin embargo, el comportamiento del juez frente a los testigos puede generar (también, de manera indirecta) dudas al acusado sobre la imparcialidad del juez (cf. los ejemplos, *supra* c).

(16) La *intervención del juez en decisiones previas* no es *per se* una causa de exclusión (cf. *supra* nm. 8 ss.) y tampoco puede convertirse, sin más, en una causa de recusación. Por otra parte, también es errado el argumento general *a contrario* de que nunca puede fundar la sospecha de parcialidad.[669] Debe diferenciarse entre decisiones que resultan de valoraciones fácticas provisorias y sentencias que resuelven el caso después de un juicio oral. Cuando se trata de decisiones tomadas en la etapa preliminar y en el procedimiento intermedio (orden de detención, auto de apertura) solo se comprueba una sospecha. Esta clase de conocimiento previo pertenece a la estructura de nuestro proceso. El caso es diferente cuando el juez resuelve sobre el mismo asunto de manera definitiva. Si bien la StPO no califica este supuesto como una causa de exclusión, deja un espacio para que cada caso en particular sea valorado libremente. El solo hecho

664. El juez es integrante del partido en perjuicio del cual se cometió una administración fraudulenta, BGH, *NStZ* (2006), 646.
665. Cf. *BGHSt* 43, 16.
666. AG Oldenburg, *StV* (1990), 259.
667. Cfr. BGH, *NStZ* (1988), 510.
668. LG Frankfurt, *StV* (1990), 258.
669. Sin embargo, así lo sostiene la jurisprudencia, cf. Meyer-Goßner, § 24 nm. 12, con información adicional.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

de que el acusado tenga que enfrentarse al mismo juez y que, comprensiblemente, tenga dudas sobre su capacidad para desprenderse de impresiones anteriores, no debería resultar suficiente.[670] Sin embargo, en tales casos, se necesita solo un pequeño disparador adicional para que esa inquietud general alcance una sospecha de parcialidad.[671] Los requisitos de las causas que resultan adecuadas para justificar la desconfianza en la imparcialidad del juez se encuentran por lo tanto drásticamente reducidos.

Solución (para el caso del nm. 11): Sin estos aspectos adicionales, la recusación será rechazada por improcedente.

3. El procedimiento

a) La solicitud

(17) La solicitud de recusación debe plantearse ante el tribunal al cual pertenece el juez (§ 26, inc. 1.º). Por tribunal se entiende el cuerpo que dicta sentencia, por ejemplo, la Cámara Penal II del Tribunal Estadual. El planteamiento debe realizarse en tiempo oportuno, esto es, hasta que el acusado es interrogado sobre sus datos personales (en su caso, el primero de varios imputados; § 25, inc. 1.º, 1.ª oración; cf. § 243, inc. 2.º, 2.ª oración). Si se deja pasar este momento, se pierden todas las causas de recusación que hayan tenido lugar y hayan sido conocidas por el legitimado a plantearla. Si surgen o se conocen recién después, la recusación debe declararse de inmediato (como en el § 121, inc. 1.º del BGB; § 25, inc. 2.º).[672] Quien consulta primero con su defensor, no es culpable por su demora.[673]

(18) El solicitante debe *hacer creíble* el fundamento de la recusación y también la oportunidad temporal de dicho planteamiento en la etapa procesal mencionada *supra* (§ 25, inc. 2.º). En cuanto sea posible, los hechos afirmados deben estar acreditados, de tal forma que el tribunal pueda considerarlos probables sin tener que realizar nuevas investigaciones.[674] Para ello resulta necesario contar con declaraciones escritas de testigos (no es suficiente con solo nombrarlos) o con una afirmación también por escrito del defensor. Asimismo, puede hacerse referencia a la declaración oficial del juez recusado, quien siempre tiene el deber de brindarla (§ 26, inc. 2.°, 3.ª oración; inc. 3.°). No rige el principio *in dubio pro reo*, porque una probabilidad siempre deja espacio para la incertidumbre y el tribunal no está obligado a asumir una probabilidad en caso de duda.

---

670. De otra opinión, Beulke, nm. 74.
671. Véase BGH, *NStZ-RR* (2018), 186, 187 sobre un caso en el que el juez, que posteriormente fue recusado, había hecho, entre otras, «observaciones despectivas innecesarias y objetivamente injustificadas» frente al acusado que era testigo en un proceso anterior que implicaba como objeto la misma contienda mortal entre dos grupos de personas. Cf. también la ilustrativa presentación en Penkuhn/Hill, *JuS* (2020), 651, 655.
672. BGH, *NStZ* (1996), 47.
673. BGH, *NStZ* (1984), 371; *NStZ* (1992), 211.
674. *BGHSt* 21, 334, 347.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

b) Admisibilidad

(19) En primer lugar, el tribunal comprueba si la solicitud es admisible. En esta decisión interviene el juez recusado (§ 26a, inc. 2.°, 1.ª oración). Si es un tribunal unipersonal, el juez resuelve por sí mismo (§ 26a, inc. 2.°, 3.ª oración); sin embargo, con ello no se convierte en «juez de su propia causa».[675] El pedido de recusación es admisible cuando están presentes los presupuestos ya mencionados (*supra* nm. 17 ss.) y no constituye un planteo abusivo (§ 26a, inc. 1.°, n.º 1-3).

c) Fundamentación

(20) En esta etapa, resuelve el tribunal con otra integración. El juez recusado no puede intervenir (§ 27, inc. 1.°). Por ello, no puede decidirse en el juicio oral y este debe suspenderse (eventualmente después, § 29, inc. 2.°, 1.ª oración). De esta manera, la recusación se resuelve fuera del juicio oral y sin los escabinos (§ 27, inc. 2.°, en relación con el § 76, inc. 1.°, 2.ª oración GVG). El juez recusado es sustituido por otro juez de la cámara penal o por otro que intervenga en su reemplazo. En el caso del Tribunal Municipal decide siempre otro juez (§ 27, inc. 3.°, 1.ª oración).

d) Auto

(21) La decisión se toma mediante un auto (§ 28, inc. 1.°). Si la recusación es rechazada por falta de fundamentación, el proceso se retoma en el estado previo a la solicitud. Si el tribunal hace lugar al pedido, el juez es excluido a partir de ese momento (sin efecto retroactivo).[676] Entonces, el juicio oral debe interrumpirse y realizarse uno completamente nuevo («el proceso fracasó»). Si se previó la participación de un juez sustituto (§ 192 GVG), se debe repetir únicamente la parte del juicio oral realizada tras el planteamiento de recusación (§ 29, inc. 2.°, 2.ª oración).

e) Impugnación

(22) Si la recusación se consideró fundada, el auto no puede recurrirse (§ 28, inc. 1.º; tampoco en casación, § 336, 2.ª oración). Los autos que rechazan la solicitud de recusación por inadmisible o infundada pueden impugnarse mediante queja inmediata (§§ 28, inc. 2.º, 1.ª oración; 311). Si el planteo infructuoso

675. A menos que con la asimilación de los planteamientos inadmisibles con los evidentemente infundados, los cuales en principio están permitidos, se examine de manera encubierta la legitimidad material del pedido de recusación; BVerfG, *NJW* (2005), 3410; BGH, *NStZ* (2006), 50; (2006), 705; (2008), 46.
676. OLG Koblenz, *NStZ* (1983), 471.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

afecta a un integrante del tribunal que va a juzgar el caso (juez tras el dictado del auto de apertura), el proceso no debe obstaculizarse. La decisión solo puede ser recurrida junto con la sentencia (§ 28, inc. 2.º, 2.ª oración), esto es, con la apelación o casación.

III. LA DIRECCIÓN DEL JUICIO ORAL, § 238

1. Disposiciones del presidente, § 238, inc. 1.º

(23) La dirección del juicio oral es competencia del presidente. Él dirige la audiencia, interroga al acusado y conduce la prueba (§ 238, inc. 1.º). Solo algunas pocas decisiones, que deben tomarse durante un juicio oral, provienen desde el comienzo como decisión del tribunal (en su conjunto); por ejemplo: sobre la conexidad y la separación, § 4; planteamientos de recusación, § 27, inc. 1.º; interrupción, § 228, inc. 1.º, 1.ª oración; rechazo de pedidos de prueba, § 244, inc. 6.º; acusación suplementaria, § 266, inc. 1.º.

2. Derecho a impugnar, § 238, inc. 2.º

(24) *a*) Todas las medidas dispuestas por el presidente pueden ser impugnadas. La antigua opinión dominante entendía el concepto de «dirección material» (inc. 2.º) de manera más estricta que el de «dirección del juicio», queriendo con esto excluir la impugnabilidad de las decisiones puramente formales. Sin embargo, esta distinción es inviable.[677] No hay ninguna resolución que exclusivamente se refiera a la configuración «externa» del juicio oral y ninguna que no influya de algún modo en la sentencia.

> **Ejemplo:** La orden de «abra la ventana», que en apariencia no produciría ningún perjuicio, puede afectar los derechos del acusado, si es alérgico y afuera hay un abedul que está floreciendo.

(25) *b*) El § 238, inc. 2.º prevé una forma especial de queja. La disposición «abre una vía rápida, dentro de la instancia, que permite al cuerpo colegiado examinar la admisibilidad jurídica de las resoluciones y medidas tomadas por el presidente».[678] El presupuesto de admisibilidad es la queja basada en la afirmación de que ha sido afectado en sus derechos. Por lo tanto, no puede impugnarse una medida del presidente con el argumento de que es inadecuada. El recurso intermedio del § 238, inc. 2.º pueden emplearlo todos aquellos que tengan derechos procesales (intervinientes en el proceso –al respecto *infra* 20– y otras personas con roles procesales específicos, como testigos, peritos). Incluso la di-

677. Otra posición en Roxin/Schünemann (2017), § 44 nm. 14 ss.
678. Erker (1988), 133.

rección del juicio por parte del juez individual puede ser recurrida. En ese caso, él decide bajo la forma de un auto, de acuerdo con el § 238, inc. 2.º.

(26) *c*) Casación

Un acusado que no impugna la decisión del presidente (o del juez penal), esto es, que no emplea de inmediato el recurso intermedio, no puede luego plantear como motivo de casación que el presidente cometió un error en la dirección del juicio oral y que así limitó su derecho de defensa, § 338, núm. 8.

(27) La jurisprudencia deriva de la disposición del § 238, inc. 2.º el principio jurídico general conforme al cual, si no se utiliza ese recurso intermedio, «se agota» la posibilidad de plantear en casación un vicio procesal. Tampoco tendría éxito la casación de conformidad con el § 337.[679] Con ello, sin embargo, se llega demasiado lejos. El acusado tiene no solo el derecho de defensa (protegido en el § 338, núm. 8) sino también, en general, a un procedimiento penal respetuoso de las formas jurídicas. El derecho a recurrir del acusado no debe concebirse como una carga de impugnar.[680] No es su tarea –ni tampoco la del defensor– asistir al tribunal en su responsabilidad de realizar un proceso libre de objeciones. Por lo tanto, el silencio no puede ser considerado como una actuación de «mala fe» y ser castigado con la caducidad del planteamiento. El silencio, en todo caso, no significa una renuncia.

Incluso según esta jurisprudencia, la «disposición» del acusado mediante la aceptación tácita de la decisión encuentra su límite jurídico allí donde se trata de reglas obligatorias, indisponibles.[681] Otra excepción la constituyen los casos en los cuales, según el deber de asistencia judicial, el acusado sin defensor debe ser informado sobre su derecho a impugnar. Además, el punto de vista de la jurisprudencia choca con un límite fáctico, porque ante una omisión del presidente no hay nada que impugnar (de modo que, en estos casos, una casación de conformidad con el § 337 no puede fracasar con base en el § 238, inc. 2.º).[682] Por estas «excepciones» que realiza la opinión dominante, no queda mucho de la regla de la jurisprudencia.

Resumiendo: es correcto que la StPO exija que algunas impugnaciones se realicen en tiempo oportuno y que, cuando ello no ocurre o se realiza tardíamente, se prevea la pérdida del motivo de casación respectivo (motivo de casación referido a la integración, cf. *supra* § 17 nm. 5; recusación, cf. *supra* nm. 17). Sin embargo, no es correcto derivar del § 238, inc. 2.º el principio general de que quien no ha impugnado una decisión, perdió aquellos derechos que son renunciables (cf. *infra* § 36 nm. 27 ss.).

679. BGH, *NStZ* (1992), 346: casación inadmisible.
680. Erker (1988), 151.
681. *BGHSt* 42, 73.
682. Cfr. *BGHSt* 38, 260, 261.

Casos y preguntas

139. ¿En qué se diferencian la exclusión de un juez y la recusación de un juez por sospecha de parcialidad?
140. ¿Las reglas sobre exclusión y recusación rigen también respecto de otras personas del tribunal?
141. ¡Mencione ejemplos de causas de exclusión!
142. A es acusado de instigar un robo agravado. El juez competente R, en su condición anterior de fiscal, dirigió las investigaciones contra K, la persona instigada por A. ¿A puede excluir al juez R del juicio oral?
143. A es acusado de homicidio. El juez R es el presidente. R, como juez de investigación, ya había interrogado a A como imputado y había ordenado su detención. Antes de que finalice la recepción de la prueba, R le aclara a A que ya desde el procedimiento de investigación estaba convencido de que era autor del hecho. ¿Puede hacer algo A en contra de la intervención de R en el juicio oral?
144. ¿Bajo qué presupuestos es admisible la solicitud de recusación?
145. El término de la recusación previsto en el § 25 no fue observado. ¿Qué consecuencias trae para quien tiene derecho a plantear la recusación?
146. ¿Puede ser recurrido el auto que resuelve sobre el pedido de recusación?
147. ¿A quién corresponde la dirección del juicio oral?
148. A es acusado de extorsión ante el LG. Luego del cierre de la etapa de recepción de la prueba y antes de que comience el pronunciamiento de la sentencia, su defensor formula un nuevo pedido de prueba. Este planteamiento es rechazado por el presidente, con el argumento de que ya no pueden recibirse más requerimientos. ¿Puede A impugnar la decisión del presidente aún durante el juicio oral o tendrá éxito en la casación si la consiente?

Comentarios desde la perspectiva española

El principio de juez legal o predeterminado por la ley[683] está contemplado en el ordenamiento jurídico desde una vertiente positiva al afirmarse en el art. 24.2 que «todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y, desde un punto de vista negativo, en el art. 117.6 al prohibir los tribunales de excepción».[684]

Por otra parte, los jueces integrantes del Poder Judicial deben ser independientes, imparciales, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley para poder ejercer su función jurisdiccional (art. 117.1 CE).

683. Gómez Colomer y Barona Vilar (2021a, 72-75).
684. Hay que tener no obstante en consideración la LO 4/1981 de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, desarrollo del art. 116 de la CE.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

En cuanto a la imparcialidad se garantiza un sistema de abstención o recusación[685] que identifica unas causas objetivas, que, de concurrir, indican la posible parcialidad del órgano jurisdiccional. Estas causas objetivas se agrupan en tres diferentes posibilidades: *a*) relaciones o vínculos del juez con las personas intervinientes en el caso concreto (con las partes, abogados o procuradores); *b*) relaciones del juez con el objeto del proceso, pues existe un interés directo e indirecto en el resultado del pleito, y *c*) actividad realizada por el mismo juez en otro momento del mismo proceso.[686]

Son causas de abstención y, en su caso, de recusación de conformidad con el art. 219 LOPJ:

> «1.ª El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con las partes o el representante del Ministerio Fiscal.
> 2.ª El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del segundo grado con el letrado o el procurador de cualquiera de las partes que intervengan en el pleito o causa.
> 3.ª Ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes, o haber estado bajo el cuidado o tutela de alguna de estas.
> 4.ª Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta, siempre que la denuncia o acusación hubieran dado lugar a la incoación de procedimiento penal y éste no hubiera terminado por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento.
> 5.ª Haber sido sancionado disciplinariamente en virtud de expediente incoado por denuncia o a iniciativa de alguna de las partes.
> 6.ª Haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o causa como letrado, o intervenido en él como fiscal, perito o testigo.
> 7.ª Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes.
> 8.ª Tener pleito pendiente con alguna de estas.
> 9.ª Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes.
> 10.ª Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa.
> 11.ª Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.
> 12.ª Ser o haber sido una de las partes subordinado del juez que deba resolver la contienda litigiosa.
> 13.ª Haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo.

685. Capítulo 5. «De la abstención y recusación», arts. 217-228 LOPJ. Y en relación con el procedimiento arts. 102 y 113 Lec y art. 54 Lecrim.

686. Gómez Colomer y Barona Vilar (2021a, 149-166).

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

14.ª En los procesos en que sea parte la Administración pública, encontrarse el juez o magistrado con la autoridad o funcionario que hubiese dictado el acto o informado respecto del mismo o realizado el hecho por razón de los cuales se sigue el proceso en alguna de las circunstancias mencionadas en las causas 1.ª a 9.ª, 12.ª, 13.ª y 15.ª de este artículo.
15.ª El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable, o el parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, con el juez o magistrado que hubiera dictado resolución o practicada actuación a valorar por vía de recurso o en cualquier fase ulterior del proceso.
16.ª Haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad».

El procedimiento para la abstención se regula en el art. 221 LOPJ, donde diferencia entre el juez (órgano unipersonal) y magistrado (órgano colegiado). La iniciativa de la abstención procede del juez o magistrado afectado, pero el control y posterior resolución corresponde a un órgano distinto. Estamos ante un incidente procesal que genera la suspensión del proceso hasta que se resuelva la cuestión planteada. El resultado puede ser estimatorio, de modo que el juez o magistrado se apartará del caso, o desestimatorio, que supondrá la continuación en la causa.

Cuando se trata de la recusación, el procedimiento presenta una mayor complejidad, ya que cuenta con distintas fases: iniciación (art. 223 LOPJ), en la cual se presenta por escrito la petición de recusación; tramitación, donde habrá una instrucción con prueba y una decisión de órganos distintos (art. 224 y 227 LOPJ) y, resolución, que puede tener sentido estimatorio o desestimatorio. El auto que se dicte, con independencia de su contenido, es irrecurrible (art. 228 LOPJ).

Capítulo 20. Los intervinientes en el proceso

(1) Intervinientes en el proceso son todos aquellos que ejercen derechos procesales o que indirectamente resultan afectados por una decisión.[687] El tribunal no pertenece a esta categoría –pues debe actuar «sin intervenir» en este sentido–.[688] Entre sus deberes se encuentra el de garantizar a los intervinientes que sean oídos conforme a la ley (§ 33).

(2) Intervinientes en el proceso son ante todo el imputado, su defensor, la fiscalía, el acusador adhesivo y el acusador particular. Además, existen intervinientes accesorios, como el ofendido. En el proceso también participan testigos y peritos (cuyo rol será analizado en el apartado sobre los medios de prueba, cf. *infra* § 21 nm. 3 ss.), así como otras personas que solo prestan una colaboración o tienen tareas indirectas, como por ejemplo los funcionarios de la policía o el secretario que confecciona las actas (§§ 226, 271); sin embargo, estos no se consideran intervinientes en el proceso de acuerdo con el sentido asignado a este concepto.

I. DERECHO Y DEBER DE ESTAR PRESENTE

1. Intervinientes principales

a) El imputado (acusado)

(3) El imputado (acusado) debe estar presente en el juicio oral, § 230, inc. 1.º. Si no está presente en el momento de la declaración de apertura (§ 243, inc. 1.º, 1.ª oración), es relevante determinar si ello se debe a que «no compareció» (§ 230) o a que está «ausente» (§ 276). En la StPO no existe un proceso en contumacia (antes, §§ 277-284). Un proceso contra un ausente puede realizarse a los fines de asegurar prueba (§§ 286-294). Si el acusado no está ausente (en

687. Cfr. *BVerfGE* 13, 132, 140.
688. *BVerfGE* 21,139, 145.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

este sentido técnico), sino que solo no concurrió, se ordena su comparecencia (§ 230, inc. 2.º). En este caso, también puede dictarse una orden de detención para asegurar la «realización del juicio oral» (§ 230 inc. 2.º, ¡proporcionalidad!).

(4) El deber de estar presente tiene excepciones (§§ 231, inc. º; 231a-c; 232; 233; en el procedimiento recursivo, §§ 329, inc. 2.º; 350, inc. 2.º; en el procedimiento de acción privada, § 387, inc. 1.º; en la objeción contra el procedimiento por mandato penal, § 411, inc. 2.º, 1.ª oración). El § 232 se refiere a hechos penales de poco significado. En tales casos, el acusado también puede ser liberado de su deber de estar presente (§ 233), pero siempre conserva este derecho.[689]

El acusado puede ser excluido de ciertos interrogatorios (§ 247)[690] y en tal caso debe ser informado sobre su «contenido esencial», esto es, sobre lo que se dijo o se hizo en su ausencia.[691]

b) El defensor

(5) En caso de defensa necesaria, el defensor debe estar presente (cf. § 145, inc. 1.º, 1.ª oración). Cuando se puede proceder en ausencia del acusado (§§ 231, inc. 2.º; 231a, b; 232; 233), el defensor no está limitado a cumplir con su rol normal de asistente (cf. *supra* § 11 nm. 21), excepcionalmente puede actuar como representante, si posee un poder correspondiente (§ 234).

c) La fiscalía

(6) En el juicio oral siempre debe estar presente un representante de la fiscalía, §§ 226, 227. No es necesario que sea el mismo durante todo el proceso, incluso tampoco durante el juicio oral; por lo tanto, puede ser reemplazado (cf. *supra* § 6 nm. 5, 6). La cuestión es si este representante debe ser reemplazado en determinadas situaciones. Ello debería ser imperativo cuando el fiscal que dirige la investigación no es *imparcial*. La ley no contiene una regulación al respecto y todavía no previó *causales de exclusión* como en el caso de los jueces (§§ 22 ss.). Resulta razonable que al juicio oral se envíe al fiscal que conoce mejor el caso, pues es quien condujo las investigaciones. Por otro lado, en virtud de esa intervención anterior, siempre existe el peligro de que tenga prejuicios. Su tarea consiste en reunir material de cargo y convertirlo en el fundamento del reproche formulado en la acusación. Esta «unilateralidad» institucional es la que diferencia la función del fiscal de la del juez. De un fiscal no debe esperarse que mantenga la distancia de un tercero imparcial, pero sí que no supere los límites establecidos por el principio del Estado de derecho y el

689. *BGHSt* 19, 144, 147.

690. El BGH quiso ampliar el concepto de «interrogatorio» BGH, *NStZ* (2010), 163 (respecto a la inspección ocular) en cambio, BGH, *NStZ-RR* (2014), 53 en un caso comparable; detalladamente sobre todo ello, LR/Becker, § 247 nm. 35.

691. A este respecto, el BGH considera ahora que la información mediante la transmisión simultánea de vídeo tiene prioridad sobre la información oral posterior convencional del presidente (*NStZ* [2018], 156; además Schneider, *NStZ* [2018], 128).

mandato de lealtad. Si el fiscal advierte que no está en condiciones de realizar en el juicio oral una valoración objetiva de las investigaciones que condujo (o, en su caso, de las que él representa) y de la situación probatoria, el superior debe hacer uso de su derecho a reemplazarlo. La segunda cuestión es si el acusado tiene un derecho a ello y si el tribunal puede forzar o controlar la sustitución. En primer lugar, resulta problemático establecer cómo se concreta aquella directiva sobre la parcialidad de la fiscalía. En las situaciones previstas en el § 22, n.º 1-3 resulta claro que el fiscal por lo general se encuentra «tan cerca» del caso que no estaría en condiciones de juzgarlo con un mínimo de objetividad. Aquí debe intervenir el superior. En el caso del § 22, n.º 4 ello no parece tan evidente: la intervención anterior como autoridad a cargo de la persecución penal está prevista y es compatible con el sistema, pero una participación anterior como defensor resultaría idónea para ubicarlo en una posición especialmente sensible para considerar el caso desde la perspectiva contraria. Por otra parte, no es claro cuándo un fiscal, en especial, a través de su comportamiento en el juicio oral, excede la unilateralidad propia de su rol y genera una sospecha de parcialidad.[692] Ello podría suceder en casos extraordinarios, por ejemplo cuando el fiscal se empeñe con furia en la persecución. Con más frecuencia ocurre que el fiscal tenga que desempeñar un segundo rol procesal, por ejemplo que deba declarar como testigo y, por ello, quizás ya no pueda cumplir con su verdadera función (al respecto, *infra* § 21 nm. 22).

(7) Entonces cuando resulta que un fiscal ya no puede seguir desempañando tal función, se plantea la pregunta de si puede forzarse su reemplazo. La opinión dominante no reconoce a los intervinientes un derecho a recusar[693] y se remite a la casación, por medio de la cual se puede alegar que la sentencia posiblemente fue influenciada por una intervención del fiscal desleal y contraria al Estado de derecho. El tribunal puede instar la recusación y debe hacerlo cuando lo exige el deber de asistencia judicial,[694] pero no puede revisar la decisión del director de la fiscalía (cf. § 150 GVG). El camino de los §§ 23 ss. (más detalles, *supra* § 15 nm. 31 ss.) no es viable, porque falta una repercusión inmediata sobre derechos individuales y porque este procedimiento pesado y con tendencia a prolongarse en el tiempo no es compatible con los intereses documentados en los §§ 26 ss., esto es, finalizar con celeridad con los incidentes de recusación.

d) El acusador adhesivo

(8) El acusador adhesivo se adhiere a la acusación pública (§§ 395 ss.; más detalles *infra* § 39 nm. 18 ss.). Persigue una reparación personal para el injusto sufrido y que se condene al imputado.[695] No tiene el deber de estar presente.

---

692. Véanse, con más detalles, Schairer (1983); Tolksdorf (1989); Frisch, FS Bruns (1978), 385; Pawlik, NStZ (1995), 309, 313; el BGH fue muy cauteloso, cf. BGH*, NJW* (1980), 845; *NStZ* (1984), 419; *NStZ* (1989), 583.
693. Muy discutido, véase Meyer-Goßner/Schmitt (2021), comentario previo al § 22 nm. 5, con información adicional.
694. Cf. LG Mönchengladbach, *JR* (1987), 303, con comentario de Bruns.
695. Cf. *BVerfGE* 26, 66.

e) El acusador privado

(9) El acusador privado persigue el mismo interés, pero puede actuar en lugar de la fiscalía (cf. *supra* § 18 nm. 4). A menos que ello sea ordenado, no tiene el deber de presentarse personalmente (§ 387, inc. 3.º), sino que puede hacerse representar por un abogado. Si no se hace presente, ni tiene representación, la ley tiene por revocada la acción (§ 391, inc. 2.º).

2. Intervinientes accesorios

(10) Los intervinientes accesorios son personas que participan en el proceso en interés propio o público.

a) El ofendido

(11) Mediante la ley de protección de víctimas (18/12/1986), el ofendido se convirtió en un interviniente en el proceso (§§ 406d ss.; con más detalles, *infra* § 39 nm. 40 ss.). De este modo, puede atender sus propios intereses y, por ejemplo, evitar que se le atribuya responsabilidad. Para ello no tiene que intervenir como acusador adhesivo, pero en tal caso obtendría derechos adicionales.

b) Funcionarios

(12) Los casos más importantes son los procesos penales tributarios, en los que intervienen autoridades financieras (§§ 385-408 AO) y los procesos contravencionales, en los que participan autoridades administrativas (§§ 42, 63, 76 OWiG).

c) Pérdida de derechos y decomiso

(13) El que resulta afectado por estas medidas tiene derecho a ser oído conforme a la ley e interviene en el proceso (§§ 424 ss.).

d) Asociaciones

(14) A las personas jurídicas y a las asociaciones se les puede imponer una multa como consecuencia accesoria de un delito o una contravención (hasta ahora, la única forma de sancionar a empresas y asociaciones, § 30 OWiG). Ellas deben intervenir en este procedimiento (§ 444, inc. 1.º), pero no tienen que ser representadas en el juicio oral (§ 444, inc. 2.º, 1.ª oración).

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

II. DERECHO A PREGUNTAR

1. Derecho a preguntar en forma directa

(15) El presidente debe garantizar este derecho a los jueces que participan, los escabinos, la fiscalía, el acusado y su defensor (§ 240, incs. 1.º y 2.º, 1.ª oración).[696] Preguntar en forma directa significa que la pregunta no debe comunicarse en primer lugar al presidente, para que él luego la formule. Más allá del texto del § 240, este derecho corresponde a todos los intervinientes en el proceso. Para el acusado, el derecho a formular preguntas a los testigos de cargo o el derecho a que este sea interrogado constituye una garantía mínima según el art. 6.º, inc. 3.º d CEDH.[697] Desde el punto de vista constitucional no es objetable que el acusado no pueda formular preguntas directamente al coimputado (§ 240, inc. 2.º, 2.ª oración).[698] Preguntar no es lo mismo que realizar un interrogatorio. Se deben individualizar ciertos puntos y formular las preguntas con precisión. No puede exigirse un informe continuo sobre todo el complejo del hecho («por favor, cuente cómo ocurrió»).

2. El rechazo de las preguntas, § 241, inc. 2.º

(16) En virtud del § 241, inc. 2.º, el presidente no puede tomar parte ante las preguntas formuladas por uno de los jueces profesionales (no hay una remisión al § 240, inc. 1.º). Por lo demás, debe rechazar las preguntas cuando son *inadecuadas*, esto es, cuando no contribuyen al descubrimiento de la verdad o, por razones jurídicas, no deberían ser formuladas.

> **Ejemplo:** A un testigo en peligro (§ 68, inc. 2.º) se le pregunta dónde vive.

(17) Las preguntas capciosas y sugestivas también deberían ser rechazadas. Las preguntas que no se relacionan siquiera indirectamente con el hecho y las posibles consecuencias jurídicas *no se consideran pertinentes a la causa*.

> **Ejemplo:** El testigo es funcionario policial y en su tiempo libre se desempeña como detective privado. El defensor le pregunta si cuenta con una autorización para realizar esta actividad secundaria.

La credibilidad de un testigo siempre es importante. El presidente no debe tomar parte cuando considera que una pregunta como la del ejemplo resulta

---

696. El presidente, en el marco de su competencia para dirigir materialmente el juicio oral, puede permitir al abogado, que interviene como asistente de un ofendido que se ha presentado como acusador adhesivo, que formule algunas preguntas; BGH, *NStZ* (2005), 222, con comentario de Ventzke, 396.
697. Para una explicación detallada, *BGHSt* 46, 93.
698. BVerfG, *NJW* (1996), 3408.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

irrelevante: si antes no escucha la respuesta, estaría realizando una anticipación prohibida de la valoración de la prueba.[699]

3. Privación del derecho a preguntar

(18) Una privación total del derecho a preguntar no es admisible. Incluso en casos de abusos continuos y difíciles de tolerar, el presidente debe tener paciencia y rechazar pregunta por pregunta (discutido).

4. Recursos

El tribunal no resuelve recién con las objeciones (§ 238, inc. 2.º), sino ya cuando se manifiestan las dudas (§ 242).

Casos y preguntas

149. ¿Quiénes son intervinientes en el proceso?
150. ¿Son los testigos y peritos también intervinientes en el proceso?
151. En la StPO, ¿hay un procedimiento en contumacia?
152. A es acusado de homicidio ante el LG de Múnich. K, la hija de la víctima que tiene trece años, debe ser interrogada como testigo. El psicólogo del tribunal advierte que la presencia del acusado podría ocasionarle a K consecuencias traumáticas. Por esta razón, ¿Puede A ser excluido del juicio oral?
153. ¿Es obligatoria la presencia del defensor durante todo el juicio oral?
154. En el juicio oral contra el acusado X ante el LG de Múnich, la fiscal P representa a la fiscalía. El tercer día de audiencias, P se enferma y no puede asistir. ¿Puede el fiscal S representar en el juicio oral la acusación en lugar de P?
155. A es acusado por lesiones ante el AG. En el juicio oral, la fiscal X, exconcubina de A, representa la acusación. A se siente incómodo, teme que X no pueda valorar objetivamente la situación probatoria. ¿Qué puede hacer A para que la fiscal X sea reemplazada?
156. ¿Qué personas son intervinientes accesorios en el proceso?
157. ¿Qué personas tienen derecho a preguntar y qué significa «preguntar en forma directa»?
158. ¿Se puede «formular preguntas» al juez y a la fiscalía?
159. ¿Es admisible la pregunta directa de un imputado a otro?

699. BGH, *NStZ* (1985), 183; *StV* (1987), 229.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

160. Bajo los presupuestos del § 241, inc. 2.º, el presidente debe rechazar preguntas individuales cuando sean inadecuadas. ¿Qué debe entenderse por pregunta inadecuada?
161. ¿Puede el presidente rechazar una pregunta formulada por un juez profesional?
162. ¿Es admisible una privación total del derecho a preguntar?

Comentarios desde la perspectiva española

Tradicionalmente en el ordenamiento jurídico español se considera parte a «quien pretende y frente a quien se ejercita la acción»,[700] de modo que desde el punto de vista activo tendremos a las partes acusadoras: Ministerio Fiscal y acusador, ya sea popular, particular o privado y el actor civil. Desde la perspectiva pasiva se encuentran la persona frente a quien se pide la actuación del derecho penal: investigado, procesado, encausado, acusado o condenado y, el responsable civil, ya sea el propio acusado (art. 116 CP) o una tercera persona.

Hay que tener en cuenta que, de conformidad con el objeto litigioso, podemos encontrar «partes penales», entendiendo por tales las que ejercen la acción penal (acusación y aquella persona contra quien se dirige la misma), y «partes civiles» quienes sostienen la pretensión civil derivada de los daños sufridos como consecuencia de los hechos delictivos.

I. EL INVESTIGADO

El investigado es «la parte pasiva necesaria del proceso penal, que se ve sometido al proceso y se encuentra amenazado en su derecho a la libertad, o en el ejercicio o disfrute de otros derechos cuando la pena pueda ser de naturaleza diferente, al atribuírsele la comisión de hechos delictivos por la posible imposición de una sanción penal en el momento de la sentencia».[701]

Hay que destacar que es posible la responsabilidad penal de las personas jurídicas[702] tal y como dispone el art. 31 CP. Ahora bien, para poder condenar a una persona jurídica no se exige declaración previa de culpabilidad de las personas físicas, de modo que se trata de un modelo de responsabilidad directa de las personas jurídicas por hechos propios o por hechos cometidos por las personas físicas como consecuencia del defecto de su organización.[703]

700. Moreno Catena y Cortés Domínguez (2021, 99-131 y 133-144).
701. Moreno Catena y Cortés Domínguez (2021, 117).
702. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
703. Gómez Colomer y Barona Vilar (2021b, 104).

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Se precisa de postulación mediante abogado y procurador. El derecho a la asistencia letrada se reconoce en los arts. 17.3 y 24.2 CE. Si el sujeto pasivo del proceso no nombra abogado, este deberá designarse de oficio por imperativo legal. La representación procesal se asume por el procurador (art. 438 y 5 del Estatuto General de los Procuradores de España), que no forma parte del derecho fundamental de asistencia letrada. No es obligatoria su presencia en la asistencia al detenido o al preso preventivo. Se convierte en preceptiva a partir del momento en el que el investigado-acusado deba presentar escrito de defensa (art. 768 Lecrim) frente a la acusación formulada contra él.

La asistencia técnica, propiciada mediante la figura del abogado, es imprescindible para el correcto desarrollo de las actuaciones.

Existen algunas excepciones a la obligatoria postulación: en el procedimiento por delitos leves o en las actuaciones que exigen la intervención-presencia del sujeto pasivo o porque son actos de autodefensa. En algunos casos, la comparecencia y participación del sujeto pasivo es imprescindible (p. ej., declaraciones propias, art. 385 Lecrim) y en otros pueden realizarse por el sujeto pasivo o por abogado y procurador (p. ej., recusación, art. 469 Lecrim).

En la fase del juicio oral la presencia del acusado es necesaria para garantizar sus derechos, de modo que no podrá desarrollarse ni dictarse sentencia sin su presencia, salvo en las excepciones previstas en la ley, que fundamentalmente se refieren a la ausencia del acusado en el proceso abreviado en determinados casos (arts. 784.4, 786.1, II, 793 Lecrim y al juicio por delitos leves (arts. 970 y 971 Lecrim). En estos dos supuestos se permite por la ley que pueda celebrarse el juicio oral con ausencia del acusado.

En definitiva, el investigado-acusado deberá estar presente en el juicio, de modo que deberá comparecer cuando sea convocado y se mantendrá a disposición judicial. Puede sin embargo suceder que se le notifique la citación para comparecer y no fuera hallado en su domicilio, se ignore su paradero o no disponga de domicilio conocido. A estos efectos, se procederá a dictar por parte del órgano jurisdiccional requisitoria, que ordena la localización del sujeto y su puesta a disposición del órgano jurisdiccional (arts. 512, 835 y 836 Lecrim). Transcurrido el plazo previsto, si la persona física o jurídica no comparece, se declarará mediante auto, rebelde (arts. 834, 839 y 839 bis Lecrim).

II. LA FISCALÍA

En el ordenamiento jurídico español, se considera al Ministerio Fiscal como personal colaborador de la Justicia. Es un órgano que tiene como «misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social» (art. 124.1 CE). Se trata de un órgano

dependiente de Ministerio de Justicia y por consiguiente del poder ejecutivo, que se rige por los principios de unidad y dependencia jerárquica y legalidad.[704]

Hay que matizar que actúa con imparcialidad (art. 7 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) en el caso concreto, aunque bajo el principio de jerarquía, lo que implica que puede recibir órdenes de su superior jerárquico y debe cumplir las circulares de la Fiscalía General del Estado.[705] En este contexto, como parte debe abstenerse de actuar por las mismas causas que se le exige a un juez o magistrado, pero no puede ser recusado al no ser órgano decisor.

III. ACUSACIÓN POPULAR, PARTICULAR Y PRIVADA

El proceso penal español se caracteriza, a diferencia de otros países donde existe un monopolio de la acción penal, por permitir que se ejerza la acción penal de forma simultánea (ministerio fiscal, acusador popular, particular, privado y actor civil). En este sentido, si se interviene como acusación, se le considerará como parte a los efectos de presencialidad en el desempeño de sus actuaciones.

IV. RESPONSABLE CIVIL EN EL PROCESO PENAL

Tal y como hemos advertido previamente, la pretensión civil que se deriva de la comisión del hecho delictivo se dirige frente al responsable civil. Dependiendo de la situación se puede hablar de responsabilidad civil directa (si se dirige frente al acusado) o indirecta (cuando se trata de otra persona).

En el art. 116 CP se establece que «toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno». Asimismo, existen otros supuestos en los que se considerará responsables civiles directos a terceros no responsables.[706]

Los responsables civiles subsidiarios responderán cuando el responsable directo es insolvente (arts. 120 y 121 CP).

V. LA VÍCTIMA

Mención aparte merece la víctima en el proceso penal, pues, en el ordenamiento jurídico español ha ostentado una posición reforzada, ya que se encuentra legitimada para ejercer la acusación (acusador particular, arts. 109 y 109 bis Lecrim y privado, art. 104 Lecrim) bajo las mismas condiciones que el

---

704. Gómez Colomer y Barona Vilar (2021b, 82-88).
705. Gómez Colomer y Barona Vilar (2021a, 172-176).
706. Art. 122 CP y 615 Lecrim, art. 117 CP, art. 20.1 y 3 CP, art. 118.1.1.ª CP, art. 20.5 y 118.1.4.º CP, art. 119 CP.

ISBN: 978-84-18432-78-1

DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Ministerio Fiscal.[707] Es importante destacar que la participación de la víctima en el proceso,[708] no queda limitada al ejercicio de la acusación, sino que es posible su implicación, pues, pensemos por ejemplo en todas las veces que puede ser citada para comparecer y declarar ante las autoridades policiales y judiciales para aclarar aspectos relacionados con los hechos.

Hay que tener presente la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que se aprueba en España por la necesidad de adaptar la legislación española a la normativa comunitaria y que supone un verdadero reconocimiento de los derechos de las víctimas en el proceso penal.

707. Gómez Colomer y Barona Vilar (2021b, 119).
708. En detalle sobre la víctima, v. Gómez Colomer (2015, *passim*).

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Capítulo 21. Medios de prueba

(1) La StPO conoce únicamente los siguientes medios de prueba: los testigos, los peritos, los documentos y la inspección ocular. Los testigos y peritos realizan declaraciones y constituyen una prueba personal. En el caso de la prueba material se valoran objetos de prueba; cuando se trata de prueba escrita (documentos), se introduce mediante su lectura (cf. §§ 94, 102), de lo contrario, mediante inspección ocular. Son posibles numerosas combinaciones.

> **Ejemplo:** Un empleado del Servicio Criminal Estadual asegura unas huellas, las valora e informa sobre ellas como perito.

(2) El imputado no cuenta como un medio de prueba. No puede «utilizársele como una prueba», porque tiene derecho a guardar silencio. Pero si él declara, en cierta forma se convierte en medio de prueba y debe aceptar que su declaración sea utilizada y valorada (con más detalle, *infra* § 29 nm. 11).

I. LOS TESTIGOS, §§ 48 SS., 85

1. Roles procesales

(3) *a*) El testigo debe declarar sobre sus percepciones, por lo cual, se genera una superposición con la tarea del perito. Carece de importancia si el testigo advirtió algo por casualidad, si ha sido enviado para aquello (p. ej., una persona de confianza que actúa por encargo de la policía) o si estaba obligado a observar algo por su trabajo, etc.

b) Cualquier persona puede ser testigo. No se precisan conocimientos especiales previos. Si un testigo los posee, no se convierte por eso en perito (cf. § 85). En principio, nadie es inhábil para ser testigo, cuando se tiene la capacidad –e incluso de manera muy limitada– para percibir y transmitir las percepciones (por lo que, en definitiva, solo se excluyen los niños pequeños).

ISBN: 978-84-18432-78-1

DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

(4) *c*) A los testigos se les exigen informaciones sobre hechos. Problemas jurídicos, reglas de la experiencia, suposiciones o conclusiones respecto de otros hechos no son objeto de la prueba testimonial. La mayoría de las veces, las percepciones atañen a hechos pasados, pero también pueden referirse al presente (en contra del tenor literal del § 85; p. ej., si se pregunta a la víctima: «¿Cómo se encuentra Ud. hoy?»). Los datos no deben ser necesariamente «positivos». Si el testigo dice que no recuerda una determinada palabra, también esta «circunstancia negativa» pertenece a sus percepciones. Asimismo, los hechos internos (presentes o pasados) que experimentó un testigo son objeto de su declaración testimonial. Sin embargo, el testigo no puede percibir por sí mismo procesos psíquicos ajenos.

Ejemplo: Con la observación «lo conozco tanto, que sabía de su agresividad latente», un testigo excede su papel en muchos aspectos. Su declaración contiene una conclusión, una interpretación, una regla de la experiencia y una manifestación sobre estados que deben separarse de su percepción.

El testigo no puede ser interrogado sobre cosas que no le sucedieron. Algo diferente rige para los procesos psíquicos hipotéticos.

Ejemplo: ¿Ud. hubiera comprado el auto si el acusado le hubiera dicho que estaba siniestrado?

La pregunta es admisible, porque el testigo es interrogado sobre el hecho sometido a prueba, referido a la causalidad psíquica entre el error y la disposición.

También es un hecho lo que otro ha declarado (*testigo de oídas*,[709] cf. *supra* § 18 nm. 26). Los *juicios de valor* son lo opuesto a los hechos. La frontera entre ambos es conocida (cf. la dogmática sobre el ardid en la estafa, § 263 StGB). Todo depende de si el juicio de valor tiene una base fáctica y si el testigo puede decir algo al respecto; en caso contrario, se trata de una opinión carente de valor. Esto es relevante cuando se habla de la *reputación* de otra persona.

Los juicios de valor cotidianos, en los cuales se confía, porque todos nos comportamos de acuerdo con los mismos parámetros, deben ser equiparados a los hechos.

Ejemplo: «Si una persona se emborrachó hasta perder el sentido, si un conductor manejó rápido».[710]

Si con esto se quisiera decir que se deberían aceptar estas afirmaciones sin comprobación alguna, entonces no se estaría en lo correcto. En el caso de la expresión «se emborrachó hasta perder el sentido», resulta indiferente la opinión del testigo, lo importante es lo que puede decirse sobre el comportamiento de la otra persona; la observación de que el acusado, en una zona de velocidad máxima de 30 km/h, habría conducido «muy rápido», puede ser utilizada como

709. Detter, *NStZ* (2003), 1 ss. brinda una síntesis sobre los problemas y la jurisprudencia del BGH.
710. RG 37, 371, citado según Beulke/Swoboda, nm. 181.

una información sobre los hechos, cuando el testigo sostiene que la velocidad «era superior a 80 km/h», pero no cuando persiste en afirmar que esta era de «40 km/h».

2. Deberes

(5) El testigo debe comparecer en el interrogatorio, decir la verdad y, en casos excepcionales, prestar juramento (*infra* previo a los nm. 6 y 7). Además de estos tres deberes principales, existen otros accesorios (*infra* nm. 8). Los deberes del testigo están contemplados en la StPO como deberes ciudadanos[711] y alcanzan a todos los alemanes y a todos aquellos que se encuentran en Alemania (excepción: personas excluidas por razones de extraterritorialidad, §§ 18 ss. GVG). Si uno tiene en cuenta que, desde la perspectiva del derecho público, el acusado es considerado un «perturbador», entonces, el «no perturbador», es decir, el testigo, resulta más fuertemente afectado por el deber.

a) Deber de comparecer

El deber de comparecer rige para las citaciones efectuadas por el juez (§§ 48, 51) y por la fiscalía en el procedimiento de investigación (§ 161a, inc. 1.º, 1.ª oración). En cambio, los testigos no tienen que comparecer ante la policía a menos que la citación sea emitida por personal investigador de la fiscalía (§ 152 inc. 1.º GVG) y se base en una solicitud de la fiscalía (§ 163 inc. 3.º, 1.ª oración). El testigo que no comparece soporta los costos, esto es, una multa disciplinaria o un arresto sustitutorio de hasta seis semanas (§ 51; art. 6, inc. 2.º EGStGB). Sin embargo, esta última solo puede imponerla el juez (§ 161a, inc. 2.º, 2.ª oración).

b) Deber de declarar conforme a la verdad

Si el testigo miente en el interrogatorio judicial o en cualquier otro interrogatorio en el que pueda prestar juramento, entonces, se hace punible (§§ 153 ss. StGB). Si se niega a declarar sin un fundamento legal, debe cargar con el costo de pagar una multa disciplinaria o, en su caso, arresto de hasta seis meses (§ 70, inc. 2.º).

(6) En el caso de los funcionarios públicos, el deber de declarar es reemplazado por el *deber de guardar silencio* (§ 54). Está prohibido interrogarlos como testigos (prohibición de recolección probatoria, cf. *infra* § 28 nm. 1-3), en tanto no se haya emitido una autorización para que declaren. Esta autorización es un acto administrativo.[712] Si esta autorización se deniega injustamente (§§ 68, inc. 1.º BBG; 37, inc. 4.º BeamtStG), solo los intervinientes en el proceso,

711. *BVerfGE* 49, 280, 284.
712. *BVerwGE* 66, 39 ss.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

pero no el propio testigo o el tribunal, pueden ejercer una acción para obtenerla [*Verpflichtungsklage*]. Sin embargo, este último, en virtud de su deber de asistencia, debe procurar la obtención de dicha autorización.[713] El conflicto entre el interés de mantener el secreto, por un lado, y el interés de hallar la verdad a través del interrogatorio de los testigos directos, cercanos al hecho, por el otro, surge especialmente en el caso de funcionarios policiales que se desempeñan de manera encubierta (compradores aparentes, agentes encubiertos, etc.; cf. *infra* § 27 nm. 30 ss.).

c) Deber de prestar juramento

(7) El juramento, considerado previamente por la ley como la regla general, en la práctica, es una excepción (porque no convierte la declaración en «más verdadera»). Por esta razón, la primera JuMoG tuvo en cuenta esta situación e invirtió la relación entre la regla y la excepción (en relación con el juramento); § 59.

A un testigo solo se le puede tomar juramento cuando el tribunal (¡§ 238!) lo considera «indispensable», ya sea porque en la valoración de la prueba esa declaración «puede inclinar la balanza»,[714] o porque no existen a disposición otros medios probatorios. Si el testigo miente, no es indispensable tomarle juramento «para provocar una declaración verdadera» (§ 59, inc. 1.º, 1.ª oración, 2.ª alternativa) (con lo cual se hace punible según el § 153 StGB). Pueden existir casos en los cuales hechos concretos permitan concluir que bajo el juramento el testigo manifestará algo importante (no «decisivo»). El juramento se realiza siempre después de la declaración (§ 59, inc. 2.º, 1.ª oración: «juramento posterior»).

En el procedimiento preliminar el juramento solo es admisible cuando se teme la pérdida del medio de prueba («peligro en la demora») o se sabe por anticipado que el testigo no podrá comparecer en el juicio oral (§ 62).

La fiscalía no tiene facultad para tomar juramento (§ 161a, inc. 1.º, 3.ª oración), como tampoco la policía.

Está prohibido tomar juramento a quienes *no tienen capacidad para jurar* (§ 60, núm. 1, 2.ª alternativa) y a quienes no tienen *la edad necesaria* para hacerlo (§ 60, núm. 1, 1.ª alternativa).

Además, está prohibido el juramento cuando existe una *sospecha* de que la persona en cuestión *cometió o participó en el hecho* (§ 60, núm. 2). Los términos jurídicos de esta disposición se interpretan en sentido amplio. «Hecho» es el suceso histórico (concepto procesal de hecho). «Partícipe en el hecho» es todo aquel que, más allá de lo previsto en los §§ 25 ss. StGB, de una manera punible, intervino en ese suceso en la misma dirección que el imputado.

713. *BGHSt* 32, 115 125 ss.; BGH, *NStZ* (1981), 70.
714. *BGHSt* 16, 99,103.

Ejemplos: El vendedor de drogas en el marco del proceso penal contra el comprador,[715] el ladrón en el proceso penal contra el receptador.[716] No es el caso del agente provocador, porque su intervención no es punible.[717]

El *favorecimiento* y el *encubrimiento personal* (§ 60, núm. 2) solo obstaculizan el juramento cuando son cometidos antes del juicio oral. Si el testigo genera la sospecha recién con su declaración en el juicio, se le debe tomar juramento.[718] Si prometió al acusado la declaración falsa antes del juicio oral, debe considerarse un acto preparatorio no punible de *encubrimiento personal*, de modo que se le puede tomar juramento.[719]

El que no tiene el deber de declarar, no necesita prestar juramento sobre sus dichos (derecho de abstenerse de prestar juramento, § 61). Sobre la forma del juramento, cf. §§ 64 ss. El que no quiere prestarlo (art. 4, inc. 1.º GG), solo necesita decir «sí».

d) Deberes accesorios

(8) El testigo debe aceptar que su «credibilidad» (§ 68a, inc. 2.º) sea puesta a prueba mediante preguntas y que sea valorada por peritos (cf. *supra* § 10 nm. 29). Debe tolerar inspecciones corporales (§ 81, cf. *supra* § 10 nm. 26 ss.), participar en careos (§ 58, inc. 2.º) y admitir grabaciones de su declaración (§ 58a). En el caso de delitos de una importancia considerable se puede disponer la búsqueda pública del testigo (§ 131a, inc. 3.º).

3. Derechos del testigo de abstenerse de prestar testimonio, §§ 52 ss.

Estos derechos garantizan la facultad del testigo de abstenerse de declarar sin más (esto es, negar el «testimonio»), en virtud de sus relaciones personales o profesionales con el imputado. Esto debe diferenciarse del derecho que tiene quien está obligado a declarar, de abstenerse de brindar información sobre hechos individuales, cuando ello pueda generar para él o sus parientes el peligro de convertirse en imputado (§ 55 StPO, *infra* nm. 14 ss.).

a) Relaciones personales, § 52

(9) El § 52 contempla la situación conflictiva en la que se encuentra el testigo. Esta disposición no está destinada a proteger al acusado frente a declaraciones problemáticas.[720]

---

715. *BayObLG*, MDR (1983), 778.
716. *BGHSt* 4, 255, 368; *6*, 382.
717. BGH, *NStZ* (1981), 193.
718. BGH, *NStZ* (1981), 268, 309.
719. Muy discutido; *BGHSt* 31, 10; *34*, 68.
720. *BGHSt* 11, 213, 215.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Comprometidos (§ 52, inc. 1.º). La promesa de matrimonio debe ser seria. Si ella es eficaz desde el punto de vista del derecho civil, carece de relevancia para la situación conflictiva que se presenta en el proceso penal. Quien todavía no cuenta con un divorcio firme puede ampararse en el proceso penal, en que está comprometido desde hace poco.[721] El compromiso matrimonial debe existir al momento de la declaración, pero no al momento del hecho. En casos dudosos el tribunal puede exigir su comprobación (§ 56).

Ejemplo: El proxeneta es imputado por haber golpeado a una prostituta. Esta, con evidencias de haber sido maltratada recientemente, se niega a declarar con el argumento de que desde el día anterior está comprometida con el acusado.

Cónyuges (§ 52, inc. 2.º, núm. 2). El derecho de abstenerse a prestar declaración testimonial existe durante y después de un matrimonio celebrado válidamente[722] (incluso cuando es aparente o putativo).[723] Es irrelevante si el matrimonio se celebró luego del hecho, o si el divorcio tuvo lugar antes de la declaración, o si se declaró nulo. Según la opinión dominante, la mera convivencia, «semejante al matrimonio», no otorga un derecho de abstenerse de prestar declaración testimonial;[724] es diferente el caso de las uniones civiles (§ 52, inc. 1.º, núm. 2).

Parientes por consanguinidad y por afinidad (§ 52, inc. 1.º, núm. 3); cf. §§ 1589, 1590 BGB.

(10) Los parientes del imputado (núm. 1-3) tienen el derecho a abstenerse de prestar declaración testimonial. La cuestión es qué alcance tiene este derecho cuando en el proceso existen *varios imputados*. La declaración del testigo es indivisible, en consecuencia, rige lo siguiente: «si se realiza un único proceso contra varios imputados y el testigo, de conformidad con el § 52, se encuentra en una relación de parentesco con uno solo de ellos, el derecho de negarse a prestar declaración testimonial resulta procedente con respecto a todos los imputados, en tanto que la situación de hecho sobre la que debería declarar también afecte a su pariente».[725]

(11) Es discutido *cuándo* existe un «único proceso». Al respecto, la jurisprudencia ha extendido el criterio subjetivo (acto de voluntad, *supra* § 9 nm. 1) adoptado para establecer cuándo alguien se vuelve imputado: no hay unidad procesal cuando se investiga al mismo tiempo y en paralelo, esto es, en común, sino recién cuando hay una vinculación mediante una decisión formal de la fiscalía (argumento de la claridad jurídica).[726]

(12) Otro punto discutido es la cuestión de durante *cuánto tiempo* el pariente puede alegar el derecho de abstenerse de prestar testimonio, si esa unidad procesal existió solo una vez. Aquí hay que diferenciar. El derecho de abstenerse

---

721. Muy discutido; de otra opinión, BGH, *NStZ* (1983), 564; confuso, BGH, *NStZ* (1986), 206.
722. Según el BGH, *NStZ-RR* (2018), 20, un matrimonio celebrado en Alemania de acuerdo con el derecho islámico no conduce a la aplicación (análoga) del § 52.
723. BayObLG, *NStZ* (1990), 187.
724. Meyer-Goßner/Schmitt, § 52 nm. 5.
725. *BGHSt* 34, 215, 216; BGH, *NStZ* (1998), 583; *NStZ* (2012), 221; *NStZ* (2012), 340.
726. BGH, *NStZ* (1998), 583; (2012), 340, 341; de otra opinión Rengier, *StV* (1988), 465; Fezer, *JZ* (1996), 603.

a prestar declaración testimonial subsiste cuando el proceso contra el pariente se separa o se sobresee de conformidad con el § 170, inc. 2.º.[727] Sin embargo, desaparece con el término del proceso por medio de sentencia firme y con la muerte del pariente.[728] En estos casos, el vínculo que une al pariente con el imputado se «torna tan débil», que en una ponderación, el interés en la búsqueda de la verdad prevalece sobre el interés en la protección de la paz familiar.[729] Lo mismo debería aplicarse cuando el proceso contra el pariente se sobresee de conformidad con el § 154. Por «regla general» el sobreseimiento es definitivo; el peligro subsistente de que el caso pueda ser reabierto por la fiscalía puede ser suficientemente contrarrestado por medio del § 55.[730]

b) Secretos profesionales, §§ 53, 53a

(13) Las personas mencionadas en el § 53, esto es, quienes tienen el deber de guardar el secreto profesional y sus colaboradores (§ 53a, cf. § 203, inc. 3.º StGB), pueden negarse a prestar declaración testimonial sobre aquello que han conocido o se les ha confiado en virtud de su respectiva calidad. Este derecho también es indivisible (cf. *supra* 10).[731] Se protege la confianza en las instituciones (medicina, abogacía, etc.). La protección de la relación concreta de confianza (médico-paciente, abogado-cliente, etc.) es solo una manifestación de aquello. Existen numerosos profesionales que no se encuentran mencionados (p. ej., psicólogos, personas de confianza en las empresas, colaboradores de grupos de consultoría y asociaciones). La opinión dominante rechaza una interpretación amplia, sin embargo, ella debe convivir con la jurisprudencia imprecisa del Tribunal Constitucional, según la cual, excepcionalmente y bajo circunstancias muy especiales, de los arts. 1 y 2 GG surgiría una limitación al deber de declarar.[732]

El derecho de abstenerse a prestar declaración testimonial de los trabajadores de prensa se ha extendido más allá de las informaciones brindadas por terceros, hasta el material de sus propias investigaciones y las percepciones referidas a su profesión (§ 53, inc. 1.º, 1.ª oración, núm. 5, 2.ª y 3.ª oración; inc. 2.º, 2.ª y 3.ª oración). Con un sistema extremadamente complicado e impracticable de reglas, excepciones y contraexcepciones, el legislador llevó al extremo la mística de la ponderación y no salvó adecuadamente la discrepancia entre información propia y ajena.[733]

---

727. BGH, *StV* (1988), 89; *NStZ* (1988), 18; sobre la continuidad de la prohibición de incautación tras la separación del proceso, BGH, *NStZ* (1998), 471; *NStZ* (2012), 221, 222.
728. *BGHSt* 38, 96; BGH, *NJW* (1992), 1118; *NStZ* (2012), 340, 341 así como 221, 222.
729. *BGHSt* 38, 96 (101); la crítica a esta posición en Dahs/Lankeit, *StV* (1992), 492; una documentación instructiva en Widmaier, *StV* (1992), 1; *NJW* (1993), 2326.
730. BGH, *NStZ* (2009), 517.
731. *BGHSt* 43, 300.
732. BVerfG, *NJW* (1996), 1587; una psicóloga como asesora de mujeres abusadas: LG Freiburg, *NJW* (1997), 813.
733. Para un resumen, cf. Kunert, *NStZ* (2002), 169.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

4. El derecho de abstenerse de responder preguntas, § 55

(14) Caso 1: El acusado A habría arrojado una bomba incendiaria a una casa. Guardó silencio respecto de ese reproche. En verdad, el autor fue B, hermano del testigo C, quien a su vez condujo en su auto a A y B hasta el lugar del hecho. Se le pregunta a C si estuvo en el lugar del hecho (primera pregunta). Si responde que sí, se coloca a sí mismo bajo sospecha; si dice que no, es punible. Se le pregunta además si es cierto que B estuvo en el lugar del hecho (segunda pregunta). Si declara conforme a la verdad, puede beneficiar a A, pero coloca en peligro a B.

Alternativa: Se sabe que C estuvo en el lugar del hecho. Se le pregunta si vio a A arrojar una bomba incendiaria (tercera pregunta).

Como imputado no se tiene el deber de responder a las preguntas, y como pariente de un imputado, se puede negar la prestación de una declaración testimonial. Sin embargo, el testigo también debe ser protegido de autoincriminarse o de incriminar a un pariente bajo la presión del deber de decir la verdad. El § 55 cumple con esta finalidad. A diferencia de los §§ 52 y 53, la disposición no prevé en principio un derecho general a negarse a responder preguntas, sino solo un derecho a negarse a contestar ciertas preguntas. A este respecto, no bastan «suposiciones sin base fáctica o posibilidades puramente teóricas».[734] Si surge un derecho a negarse a responder preguntas, esto no se aplica en relación con los delitos que solo se cometen como resultado del propio testimonio.[735] En este contexto, no es necesario que el testigo con su respuesta, en cierto modo, podría estar confesando. Es suficiente con que deba dar a conocer hechos que podrían fundamentar una sospecha, incluso solo de manera indirecta, o constituir pequeñas piezas de la estructura probatoria.[736]

Por lo tanto, en el caso 1, C también está autorizado a abstenerse de responder a la pregunta 3 (si conforme a la verdad dijera «no», ineludiblemente se le preguntaría: «entonces, ¿quién fue?»).

(15) El precepto no busca proteger al acusado frente a manifestaciones falsas de un testigo comprometido.[737] Tampoco se trata, como lo muestra la situación en el caso 1, de si la pregunta sirve para beneficiar o perjudicar la situación procesal del imputado. Lo único decisivo, es si el testigo podría autoincriminarse o incriminar a un pariente.

En principio, el derecho de abstenerse de responder preguntas vale solo de manera puntual. Sin embargo, si toda la declaración acerca de un hecho puede resultar perjudicial, en términos de resultado, termina equiparándose al derecho de abstenerse a prestar declaración testimonial.[738]

---

734. BGH, *NStZ-RR* (2017), 220, 221.
735. BGH, *NStZ* (2013), 238, 239 con comentario crítico de Widmaier.
736. BGH, *StV* (1987), 328. Este peligro ya no existe si su enjuiciamiento se ve impedido por el hecho de que ya tiene una condena firme o que la acción penal (por un delito leve) fue sobreseída (§ 153a); sobre la cosa juzgada parcial (fallo de culpabilidad) cf. BGH, *NStZ* (2005), 524 ss.
737. Opinión dominante, discutida; otra opinión, p. ej., en Roxin/Schünemann, § 24 nm. 48.
738. Cf. *BverfG*, wistra (2010), 299, 300.

El testigo no debe simplemente guardar silencio sobre los hechos que puedan resultar incriminatorios, sino que debe señalar que guarda silencio sobre dicha información. Lo que haya dicho hasta ese momento puede ser valorado.[739] Si con anterioridad, por ejemplo ante la policía, él declaró sobre el punto problemático, el funcionario que por entonces realizó el interrogatorio puede ser escuchado como testigo (el § 252 no rige para el § 55 StPO; al respecto, *infra* § 27 nm. 13).

(16) El testigo debe ser informado sobre su derecho de abstenerse a responder preguntas (§§ 55, inc. 2.º; y, por cierto, ello debe tener lugar cuanto antes, y no recién cuando se encuentra en aprietos). Esta información, al igual que el derecho de abstenerse de responder preguntas, está prevista para proteger al testigo. Su omisión no puede ser esgrimida por el acusado en la casación (porque no se ha afectado su «ámbito de derechos»;[740] con más detalles, *infra* § 28 nm. 9, el tema es muy discutido). Sin embargo, el propio testigo está protegido por una prohibición de valoración si, en virtud de ello, posteriormente, se realiza un proceso en su contra (cf. *infra* § 28 nm. 23).

5. Protección del testigo

El testigo no es un interviniente en el proceso penal (cf. *supra* § 20 nm. 1 s.) con derechos subjetivos propios. Él es considerado como una prueba personal, a la cual se recurre en virtud de intereses públicos (cf. *supra* nm. 5), y por eso, puede exigirse a su respecto, tanto un trato adecuado, como también, su protección, en situaciones particulares.

a) Asistencia del testigo

(17) El testigo tiene el derecho de comparecer en el interrogatorio acompañado de su abogado para hacer valer sus intereses legítimos y sus derechos de abstención a prestar declaración. Ello es una manifestación del mandato de establecer un proceso penal leal.[741] El asesor del testigo no tiene más derechos que este y carece de derechos propios, a diferencia del caso del defensor (opinión dominante). Sin embargo, se le debe garantizar, al menos parcialmente, el derecho de examinar las actuaciones, porque de lo contrario, su intervención carecería de sentido.[742]

Con la ZSchG el legislador solo reconoció la institución del asesor, pero se mantuvo al margen de todas las discusiones y cuestiones dudosas. El § 68 inc. 1.º da a cada testigo la posibilidad de recurrir (a su propio costo) a la asistencia jurídica; el inc. 2.º prevé la asignación (a cargo del Estado) bajo las condiciones

739. BGH, *NStZ* (1998), 46 con comentario de Rengier.
740. *BGHSt* 11, 213.
741. *BVerfGE* 38, 105.
742. Del mismo modo, también KK-StPO/Senge, § 68b nm. 8.

allí previstas.[743] Aunque el ofendido en todos los casos también es un testigo («testigo-víctima»), su asesor no interviene como asesor del testigo (§ 406 ss.; v. *infra* § 39 nm. 41).

b) Observancia del derecho en el proceso

Para la protección del testigo durante el interrogatorio

- puede excluirse la publicidad (§§ 171b; 172, núm. 1a GVG),
- puede disponerse que el acusado se retire de la sala de audiencias (§ 247),
- el testigo puede negarse a responder preguntas personales (cf. *infra* nm. 18),
- tiene que evitarse que el testigo sea puesto en ridículo (cf. *infra* nm. 19),
- el testigo puede ser filmado (cf. *infra* nm. 20).

6. Interrogatorio del testigo

(18) *a*) De conformidad con el § 58, inc. 1.º: los testigos no deben oír lo que dijeron el acusado y los otros testigos antes que él.

b) Primero, el testigo es instruido (§ 57), incluso también sobre el derecho de abstenerse de prestar testimonio (§ 52, inc. 3.º) y en todos los casos –o a más tardar cuando existan motivos para ello– sobre el derecho de abstenerse de responder preguntas (§ 55, inc. 2.º).

c) Luego se formulan preguntas personales (§ 68). El testigo debe decir cómo se llama o cómo lo apodan (p. ej., si tiene un nombre artístico), qué edad tiene, cuál es su profesión actual (anteriormente: «clase social u oficio») y cuál es su dirección postal (inc. 1.º).

Los *testigos en peligro* pueden callar parcialmente estos datos (inc. 2.º) y, en casos serios, ocultar completamente su identidad (inc. 3.º; para los agentes encubiertos rige el § 110b, inc. 3.º).

(19) *d*) El interrogatorio sobre el asunto (§ 69) debe articularse en la entrega de información (inc. 1.º) y un interrogatorio (inc. 2.º), al igual que en el caso de las declaraciones realizadas ante la fiscalía (§ 161a, inc. 1.º, 2.ª oración) y la policía (porque están sujetos a las reglas fundamentales de la StPO).

En primer lugar, el testigo debe informar en lo posible sin perturbaciones. Tiene derecho a esa libertad.[744] El tribunal no debe estructurar su declaración mediante preguntas y repreguntas, pero debe reconducirlo suavemente cuando se desvíe. El trasfondo histórico de esta disposición se encuentra en el procedimiento inquisitivo medieval con su «interrogación articulada»: el interrogatorio estaba estructurado en «artículos». El acusado debía responder a preguntas específicas en lo posible

743. Cf. Beulke/Swoboda, nm. 196a.
744. *BVerfGE* 38, 105, 117.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

con un «sí» o un «no» (un método que, si se pervertía podía conducir a que cualquier persona sea culpable de brujería). Otros ordenamientos procesales todavía prefieren este modelo y consideran que una exposición libre, sin interrupciones, puede generar el peligro de que el testigo «se vaya de boca» y se autoincrimine.

En el *interrogatorio* (inc. 2.º) se formulan preguntas y repreguntas para eliminar contradicciones, colmar lagunas de la exposición y precisar informaciones. El ofendido puede expresarse sobre los efectos que le ha causado el delito (inc. 2.º, 2.ª oración).

El interrogatorio es realizado (§ 238) y dirigido (§ 240) por el juez. La fiscalía y la defensa también pueden ser autorizadas a interrogar a «sus» testigos. En Estados Unidos este «interrogatorio cruzado» (§ 239) se considera «la maquinaria legal más grande que se haya inventado para el descubrimiento de la verdad». En el proceso penal alemán esto no juega ningún rol. La usual idea, de que estructuralmente sería inadecuado y que pertenecería a un modelo procesal adversarial, no tiene suficiente peso. En el proceso angloamericano el interrogatorio cruzado es esencial, porque pertenece al derecho de contradicción (*face to face*) y porque, en principio, los testigos de oídas están excluidos.[745] Con todo, en el derecho procesal alemán también se reconoce el derecho a un interrogatorio que supone contradicción (cf. *infra* § 27 nm. 27).

Los métodos de interrogación inadmisibles están prohibidos (§ 69, inc. 3.º). La protección del honor y la privacidad solo debe ceder cuando, de lo contrario, no se pueda averiguar la verdad (§ 68a). Si en este último sentido, una pregunta no resulta imprescindible, debe rechazarse por inadecuada (§ 241, inc. 2.º; cf. también, *supra* § 20 nm. 16).

e) Luego de la declaración, el juez decide sobre la cuestión del juramento (más detalles sobre la forma en que debe prestarse, *supra* nm. 7); § 238, inc. 1.º.

(20) *f*) En el procedimiento preliminar, las filmaciones de las declaraciones testimoniales son siempre admisibles y aconsejables («deberían» registrarse), cuando resulta previsible que los testigos no podrán ser interrogados en el juicio oral (§ 58a, inc. 1.º, 2.ª oración, núm. 2). Desde 2013, el videointerrogatorio también es posible fuera del juicio oral (§ 58b).[746] Sobre el videointerrogatorio del testigo por el juez de investigación, cf. *infra* § 26 nm. 7, y sobre la videoconferencia en el juicio oral, cf. *infra* § 26 nm. 8 s.

g) Los testigos citados por el tribunal o la fiscalía son indemnizados por el erario estatal (§ 71).

7. Intervinientes procesales en el rol de testigos

La cuestión por dilucidar es si alguien puede desempeñarse como juez, fiscal o defensor cuando interviene en el mismo proceso como testigo, y si el imputado también puede asumir dicho rol.

745. En las *Federal Rules of Evidence* se encuentran numerosas excepciones.
746. Ley para intensificar el uso de la tecnología de videoconferencia en los procedimientos ante las fiscalías y los tribunales, *BGBl.* I (2013), 935.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

a) El juez como testigo

(21) Caso 2: El juez R, por hoy, ha dado término a la audiencia, y estableció para pasado mañana su continuación. La testigo Z lo busca en su despacho y le manifiesta que no ha dicho la verdad en su interrogatorio; el autor no sería el acusado, sino el padre de ella. R interrumpe la conversación con Z de inmediato, deja constancia de lo sucedido en un acta y cita a Z para que comparezca nuevamente como testigo a la próxima audiencia. Ella no concurre. El defensor solicita que el juez sea interrogado como testigo.

Si en el mismo asunto el juez ha sido interrogado como testigo, en virtud de la ley, debe ser excluido del caso (§ 22, núm. 5), lo cual, sin embargo, no opera cuando se lo menciona como testigo. En el caso anterior, R obtuvo la información de manera oficial, en su calidad de juez en ese proceso. Por ello, dicho conocimiento puede ser introducido en el juicio oral mediante una declaración oficial.[747] El requerimiento de prueba formulado por el defensor será rechazado, porque se dirige a la obtención de una prueba inadmisible (§ 244, inc. 3º, 1ª oración; más detalles, *infra* § 25 nm. 18). La cuestión sería diferente si se tratara de sucesos que ocurren fuera del proceso. Entonces, el interrogatorio no tendría lugar (solo) en el caso de que el juez entregue una declaración oficial en la que indique que no tiene nada que decir al respecto.

b) El fiscal como testigo

(22) Caso 3: El acusado afirma que, en el allanamiento a las oficinas de su comercio, el funcionario de la Policía Criminal K le exigió una muestra de su firma y, ante su negativa, le dijo: «Ahora lo llevamos a Ud. con nosotros y le cerramos su negocio». K cuestionó esta afirmación. Luego, el fiscal S, que había estado en el lugar y representaba a la acusación, es interrogado como testigo. En su alegato, destacó que el acusado había mentido en múltiples ocasiones y que aquel incidente era una muestra de ello.

El fiscal tiene el deber de ser objetivo y, por ello, no puede valorar sus propias declaraciones. Su superior no debe reemplazarlo por otro fiscal en razón de esta falta de imparcialidad «puntual», pero puede procurar que otro representante de la fiscalía valore sus dichos en el alegato.[748]

c) El defensor como testigo

(23) Caso 4: Como en el caso anterior, el defensor V también estuvo presente en el allanamiento y quiere declarar como testigo para señalar que las cosas ocurrieron como dijo el acusado.

---

747. *BGHSt* 39, 239 240; 44, 4.
748. *BGHSt* 21, 85, 89; BGH, *NStZ* (1994), 194; *NJW* (1996), 2239, 2241; *NStZ* (2018), 482; a favor de una exclusión completa, con buenas razones, Hanack, *JZ* (1971), 91; (1972), 81; se dejó abierta la cuestión en BGH, *NStZ* (2008), 353.

El defensor tiene la obligación de decir la verdad, pero no de ser objetivo y, por ello, en el alegato puede tomar posición respecto a su propia declaración. No está prevista una causa de exclusión a su respecto (cf. el catálogo cerrado del § 138a). El problema de la situación procesal radica en otro aspecto: mientras declara como testigo, V deja de ser defensor. Si se trata de un caso de defensa necesaria, debe comparecer otro defensor de elección o designarse un defensor de oficio.

d) El coimputado como testigo

(24) El imputado no puede ser testigo en su propia causa. El coimputado no puede serlo en una causa ajena, si de hecho, se trata también de la suya, pues en un mismo proceso se sienta junto con otro imputado en el banquillo de los acusados. Hasta este punto existe uniformidad: el rol formal de coimputado es decisivo. La cuestión por determinar, sin embargo, es si este aspecto formal también resulta decisivo en el caso en el que los procesos se separan (incluso solo de manera provisional), de forma tal que cuando debe declarar en el proceso contra otro imputado, asume una posición (formal) de testigo. La jurisprudencia sigue este principio.[749]

En la doctrina existen dos posiciones contrarias. La primera suscribe un concepto de imputado puramente material, de modo que no indaga sobre roles procesales formales, sino que se aferra a la posición de que si el sospechoso es imputado, no puede ser testigo.[750] Esta solución contradice la ley, que trata al testigo sospechoso de haber cometido el hecho como un testigo (§ 60, núm. 2). No se puede renunciar al elemento formal, según el cual, imputado es solo quien es considerado como tal por las autoridades a cargo de la persecución. Este punto de vista es tenido en cuenta por la posición contraria. De acuerdo con ella, ese acto de imputación es, por decirlo de alguna manera, irreversible, y se sostiene que el imputado conserva ese carácter hasta tanto no termine el proceso en su contra; esta condición de imputado no puede perderse por un cambio del rol formal (teoría formal-material).[751]

La jurisprudencia tampoco aplica el principio formal sin limitaciones. La separación del proceso con el fin de convertir a un imputado en testigo resulta inadmisible cuando en ambos es objeto de imputación el mismo hecho. En tal caso, el coimputado sería testigo en su propia causa.[752] Sin embargo, la separación sería procedente cuando el coimputado debe declarar como testigo acerca de un hecho que no se le reprocha.[753] La controversia entre la jurisprudencia y la concepción formal-material se reduce a este único grupo de casos.

---

749. *BGHSt* 27, 139 141; BGH, *StV* (1984), 361.
750. Prittwitz (1984), 153 ss.; Roxin/Schünemann, § 26 nm. 5.
751. Beulke, nm. 185; Schlüchter, nm. 478 ss.
752. BGH, *StV* (1984), 186.
753. *BGHSt* 10, 8 11; 38, 96, 98.

El coimputado se encuentra en una situación peligrosa, si su declaración, de alguna manera, también puede ser relevante para su propio proceso.[754] En especial, debe tener en cuenta que la separación es solo provisoria y que luego de su declaración los procesos serán nuevamente acumulados. Por otra parte, esta circunstancia riesgosa fue considerada por la ley en el § 55. Si bien puede ser invocada, esta disposición no elimina todo tipo de peligro. En resumen, se acepta el interés de la jurisprudencia por garantizar la posibilidad de esclarecer el hecho y se exige del coimputado que, en su rol de testigo, soporte el riesgo inherente al § 55.

8. El testigo-perito, § 85

(25) La ley aclara que los conocimientos profesionales por sí solos no convierten a una persona en perito. Quien los posee y, por ello, advierte circunstancias que para otros pasan desapercibidas, es un testigo-perito.

El ejemplo clásico es el del médico que está presente en el lugar del accidente. No es un perito, porque, por un lado, no actuó por encargo del tribunal y, por otro, porque no puede ser sustituido por otro experto.

> **Caso 5:** Al médico, que pasó por el lugar del accidente media hora después de que ocurrió, se le pregunta si la víctima habría sobrevivido en caso de que él la hubiera asistido inmediatamente.

Aquí ya no se pregunta por una mera descripción del estado de la víctima, sino por un pronóstico, que es propio de las tareas de un perito. Sin embargo, como los límites no pueden trazarse con absoluta claridad, pueden sobrepasarse mientras el punto esencial se encuentre todavía dentro de rol que tiene como testigo.[755]

II. EL PERITO

1. El rol del perito y sus tareas

(26) En virtud de sus conocimientos especiales, el perito debe:

- informar sobre hechos para cuya percepción debe poseerse una cualificación especial.

> **Ejemplos:** Investigar la concentración de alcohol en la sangre, analizar rastros de fibras sobre la vestimenta, diagnosticar o excluir una enfermedad orgánica cere-

754. Considerado por el LG Frankfurt, *StV* (1986), 470; por tal razón, no hay una separación del proceso.
755. Cf. BGH, *NStZ* (1984), 465.

bral, realizar un análisis morfológico comparativo de las imágenes del autor y del sospechoso y elaborar un dictamen sobre la identidad antropológica.[756]

– informar sobre reglas de la experiencia.

Ejemplos: Reglas sobre el efecto de los productos para proteger la madera, valores empíricos sobre la fatiga del material, métodos para calcular el valor neto de una empresa.

– dictaminar, esto es, aplicar los conocimientos basados en su experiencia profesional a un determinado hecho.

La diferencia con el testigo no solo se encuentra en los conocimientos profesionales, sino que también, en que el perito informa y utiliza reglas de la experiencia, realiza juicios de valor y pronósticos. Ante todo, el perito actúa por encargo del tribunal y puede ser sustituido por otro experto.

(27) El juez debe dirigir la actividad del perito (§ 78) y no puede asumir simplemente sus resultados, sino que debe examinarlos críticamente en el marco de la valoración de la prueba; del mismo modo, cuando se adhiere a las conclusiones del experto, debe mostrar de manera plausible las razones por las cuales lo hace.[757] Con ello se exige demasiado; si el tribunal tuviera conocimientos especiales propios no debería recurrir a un perito (dejando de lado los pocos casos en los que la intervención de un perito es obligatoria, §§ 87, inc. 1.º; 231a, inc. 3.º; 1.ª oración; 246a; 415, inc. 2.º; 454, inc. 2.º). La ley pretende evitar que la superioridad técnica del perito se transforme en una dominación fáctica (proverbio «el juez está en blanco»). Por ello, no se debe sobredimensionar el rol procesal del perito como medio de prueba personal, sino que debe considerárselo como «un auxiliar del juez».[758]

2. Elección y nombramiento

(28) *a*) De conformidad con la ley, el perito siempre es elegido y designado por el tribunal (§ 73). La elección depende de su especialidad. Normalmente, la valoración de la credibilidad de un testigo se delega en un psicólogo.[759] Si no se trata de un caso psicológico normal, sino de cuestiones psicopatológicas (p. ej., la imputabilidad), se requiere un psiquiatra.[760] En todos los casos –no solo en los casos límites–, el tribunal puede encomendar la tarea a varios peritos.

b) Según la opinión dominante, la fiscalía tiene competencia para elegir peritos en el procedimiento de investigación. Esta posición interpreta el § 73 como

756. Para ello no existe ningún estado de la ciencia que provea certeza, BGH, *NStZ* (2005), 458.
757. BGH, *NStZ* (2009), 284: el tribunal de mérito siguió el resultado de un «análisis del autor» realizado por la Policía, sin un examen y valoración propia.
758. Empero así, p. ej., *BGHSt* 3, 27, 28; 11, 211, 213; 13, 1, 4; cf. Detter, *NStZ* (1998), 57 ss.
759. *BGHSt* 23, 8 14; BGH, *StV* (1995), 115; con más detalle, Detter, *NStZ* (1998), 57 ss.
760. BGH, *NStZ* (1997), 1999; la amplitud otorgada al margen de discreción en *BGHSt* 34, 355 genera reparos.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

una disposición que atañe al procedimiento principal y se basa en las referencias del § 161a, inc. 1.º, 1.ª oración.

c) El imputado no tiene derecho a impugnar la elección hecha por el tribunal (y, en su caso, tampoco contra la de la fiscalía). De conformidad con el § 74 inc. 1.º puede oponerse a la designación de un perito por las mismas razones que rigen para la recusación de los jueces, y debe hacerlo, si concurren las causas de exclusión (§ 22, núm. 1-4), las cuales, si bien se aplican aquí de manera analógica, en virtud de la ley, no conducen, sin embargo, a una exclusión del perito (cfr. § 24, incs. 1.º y 3.º).[761]

(29) También puede hacer uso de su *derecho* a *citar peritos* (§ 220). Esta posibilidad, la cual crea un «contrapeso» frente a los expertos designados por el tribunal o la fiscalía, es costosa y está llena de obstáculos. El perito que es citado y comparece debe ser escuchado en el juicio oral si se ha presentado el requerimiento de prueba correspondiente (§ 245, inc. 2.º) y no debe ser rechazado con el argumento de que no se ha cumplido con los requisitos exigidos para designar «un perito adicional» (§§ 244, inc. 3.º, 2.ª oración; 245, inc. 2.º, 3.ª oración; cf. *infra* § 25 nm. 27). Sin embargo, este experto no tiene derecho a examinar las actuaciones, a tomar contacto con el imputado detenido, ni a solicitar la suspensión o interrupción del proceso a fin de ganar tiempo para su preparación.[762] El mandato de un proceso leal no se concreta aquí en una «igualdad de armas».

3. Hechos vinculados, adicionales y hallazgos

> **(30) Caso 6:** El perito psiquiatra describe en su dictamen el desarrollo del hecho, informa sobre los resultados del examen realizado al acusado y presenta su contexto familiar. Además, comunica que el acusado le confesó el hecho.

Se llaman *hechos vinculados* aquellos sobre los cuales se funda el dictamen. Pueden provenir de diversas fuentes.[763] Junto con el encargo de realizar dicho informe, el perito, en todos los casos, recibe las actuaciones (§ 80, inc. 2.º; aunque en la ley está previsto el pedido y la autorización). De esta forma, el tribunal pone a su disposición una parte de los hechos vinculados. Aquello que el experto luego averigua con su trabajo y en el ejercicio de su función, esto es, otros hechos vinculados, se denomina *hallazgo* (en el caso: los resultados del examen). Algunas veces, «con ocasión» de su trabajo, los peritos toman conocimiento de hechos para cuyo descubrimiento no se requieren conocimientos especiales. En principio, el mismo tribunal podría haberlos comprobado. Por ejemplo, en relación con el caso planteado: la confesión. Aquí no se habla de un hallazgo, sino de un *hecho adicional*. Si el perito informa de ello en su dictamen, excede

761. Cf. LG Leipzig, MMR (2018), 486, 487. Sobre la (posible) parcialidad de los peritos debido a la participación previa cuasi investigativa en el caso durante el procedimiento de investigación Momsen/Rackow/Schwarze, *NStZ* (2018), 625, 628 s.
762. Cfr. Detter, FS Salger (1995), 231 ss.
763. Un ejemplo puede verse *supra* nm. 26 (dictamen sobre la identidad): fotos de una cámara de vigilancia.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

el encargo que se le ha realizado. Sobre este conocimiento debe ser interrogado como testigo; recién ahí puede presentarlo y utilizarlo.[764] La persona examinada contó este hecho adicional a un «auxiliar del juez» (cf. *supra* nm. 27), es decir, no confió en él como médico y, por ello, no debe esperar su silencio (§ 53).[765] Las manifestaciones acerca del contexto familiar son hallazgos cuando el perito toma conocimiento de ellas a través de las conversaciones que mantiene con el acusado en el marco propio del examen pericial. En no pocos casos, los peritos también toman contacto con los parientes o familiares, conversan con ellos y valoran la información que le brindan. Ello es inadmisible. El perito no tiene competencia para realizar *interrogatorios*. Si necesita estas declaraciones, debe solicitar un interrogatorio a través del juez (o del fiscal) y obtener un permiso para estar presente y plantear preguntas (§ 80, inc. 2.º).

4. Deberes del perito

(31) Para los peritos rigen las mismas reglas que para los testigos (§ 72). Por lo tanto, deben comparecer ante la fiscalía o el tribunal, deben declarar conforme a la verdad y confeccionar del mismo modo su dictamen (§ 79), y prestar juramento cuando el tribunal considere que existen razones especiales para ello.[766] El perito incluso puede negarse y remitirse a su juramento general (§ 79, inc. 3.º). En lugar del deber ciudadano de estar a disposición como testigo, él tiene el deber de cumplir el nombramiento como perito. Este deber no corresponde a cualquiera. Testigo, solo puede ser una persona, mientras que perito, también puede ser un organismo público (§§ 83, inc. 3.º; 91, inc. 1.º; 92, 256 –no se aplica al caso de organizaciones privadas como, p. ej., la institución encargada de la inspección técnica de vehículos)–. Para el derecho de abstenerse a realizar un dictamen pericial rigen los mismos presupuestos exigidos en el caso del derecho de abstenerse de prestar testimonio (el § 76, inc. 1.º, se remite a los §§ 52, 53, 53a; el § 72 incluye el § 55). El experto no puede invocar un «doble rol». En su función de perito, debe brindar información y no puede rehusarse, por ejemplo, con el argumento de que intervino «como médico». La persona sobre la que debe realizar su dictamen pericial es un sujeto bajo su examen y no su paciente.

(32) Para el afectado, quizás, esta cuestión es un poco confusa. Por ello, el perito debe *instruirlo* acerca de que no tiene el deber de colaborar (principio *nemo tenetur*). La jurisprudencia rechaza esta aplicación analógica del § 136 y, con ello, el deber de instrucción allí previsto.[767] Los testigos (p. ej., los parientes del imputado) también deben ser instruidos sobre su derecho de abstenerse de prestar testimonio (§ 81c, inc. 2.º, 2.ª oración; inc. 3.º). El deber de instruir recae sobre quien tiene el derecho de interrogar, por lo tanto, no corresponde al

764. Cfr. BGH, *NJW* (1988),1223; *NStZ* (1993), 245.
765. *BGHSt* 38, 369.
766. *BGHSt* 21, 227.
767. BGH, *JZ* (1969), 437.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

perito, sino a la fiscalía o al tribunal.[768] Sin embargo, no hay dudas acerca de que el perito también tiene prohibido utilizar métodos de interrogación inadmisibles (§ 136 a).[769]

El perito debe presentar su dictamen oralmente en el juicio (§ 82; principio de oralidad).

III. INSPECCIÓN OCULAR

1. Concepto

(33) Inspección ocular es toda percepción sensorial. Entran en consideración los cinco sentidos: la visión, la audición, el olfato, el tacto y el gusto.[770] Sin embargo, dado que en el caso de las pruebas testimoniales, periciales y documentales también es relevante lo que se oye, el concepto de inspección ocular debe restringirse: es toda recepción de prueba que no encuadra en alguna de las otras formas de prueba estricta reguladas por la ley.

2. Objetos

a) Fotos, películas y vídeos

Las fotos, las películas y los vídeos pueden probar su propio contenido punible (p. ej., películas pornográficas violentas) o servir como prueba para otros delitos (videofilmaciones en un banco).

b) Discos y bandas magnetofónicas

Cuando se reproducen y se conoce su contenido, se realiza también una inspección ocular.[771]

c) Bosquejos y dibujos

Una inspección ocular sobre bosquejos y dibujos solo se realiza para comprobar su existencia. Si contienen una «explicación escrita», es decir, un contenido ideológico, su autor debe ser interrogado como testigo (§ 250, 2.ª oración) o incorporarse como prueba documental.

---

768. BGH, *NJW* (1966), 206.
769. *BGHSt* 11, 211 212 −en este aspecto, tiene sentido la calificación de «auxiliar del tribunal»−.
770. *BGHSt* 18, 51,53.
771. *BGHSt* 14, 339,341.

ISBN: 978-84-18432-78-1

DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

d) Documentos

Los documentos son leídos para constatar su contenido (prueba documental, cf. *infra* nm. 38 ss.). Sin embargo, son objeto de una inspección ocular cuando se trata de comprobar su naturaleza o cuando no resulta posible su lectura: símbolos con valor probatorio (p. ej., la calcomanía de la inspección técnica vehicular) y registros técnicos (el comprobante emitido por una caja registradora)

e) Personas

La inspección ocular de personas, en todos los casos, es una tarea del perito (cf. §§ 81a, c). Si en la sentencia se menciona que el testigo durante su interrogatorio se ponía primero colorado y luego pálido, ello no se basa en una prueba obtenida mediante inspección ocular, sino en «una percepción no buscada».[772]

f) Procesos y experimentos

Las demostraciones que no pertenecen a la declaración de un testigo o a un dictamen pericial como, por ejemplo, un examen de manejo vehicular o la reconstrucción del hecho, son objeto de una inspección ocular.

3. Juez y asistentes en la inspección ocular

(34) La prueba mediante inspección ocular solo puede ser realizada por el juez dentro o fuera del juicio oral (cf. §§ 162; 165; 202, 1.ª oración; 225; sobre el derecho a estar presente de los intervinientes en el proceso, §§ 168d, 225). Si la inspección fue realizada por otros sujetos (fiscalía, policía), deben ser interrogados como testigos.

A diferencia de la prueba testimonial (§ 250), la de inspección ocular no debe producirse directamente. Ello tiene dos consecuencias:

(35) La inspección ocular puede ser sustituida por otro medio de prueba.

> **Ejemplos:** El tribunal no visita el lugar del hecho, sino que observa fotos de este; en lugar de reproducir la grabación, se lee el acta en la que se puso por escrito su contenido.[773]

Los límites de esta sustitución se establecen a través del deber judicial de esclarecimiento (§ 244, inc. 2.º; más detalles, cf. *infra* § 24 nm. 1 ss.).

(36) El tribunal puede delegar la realización de la inspección ocular en un asistente. Si bien el tribunal puede realizar la inspección por sí mismo, puede

---

772. *BGHSt* 5, 354.
773. *BGHSt* 27, 135. La «comprobación» de la mímica no se dispuso con una finalidad probatoria.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

delegar si se encuentra impedido para ello por razones fácticas (o jurídicas, § 81d) o si considera apropiado dejarse ayudar por otro.

> **Ejemplos:** Subir hasta lo más alto de un andamio; bucear entre los restos de un barco hundido fraudulentamente.

Para tal efecto, rigen las mismas reglas que para los peritos (§§ 73, 74, 75). Los asistentes, sin embargo, informan acerca de sus percepciones como testigos.

IV. PRUEBA DOCUMENTAL

«Los documentos serán leídos en el juicio oral con el fin de obtener pruebas de su contenido», § 249, inc. 1.º, 1.ª oración.

1. El concepto de documento

(37) El concepto de documento debe entenderse de manera distinta a la establecida en el § 267 StGB. Solamente resulta relevante si el instrumento escrito es legible y si mediante su contenido ideológico se puede obtener una prueba.[774] La precisión probatoria, la autenticidad, y la posibilidad de reconocer al otorgante del documento, no son determinantes aquí. El inc. 1.º, 2.ª oración se basa también en la legibilidad, por lo cual los «documentos electrónicos" deben tratarse como documentos bajo esa condición.[775]

En el caso de textos cifrados se requiere un perito y en el de aquellos redactados en lengua extranjera, que no puedan ser traducidos por el tribunal, un traductor (cf. § 185 GVG). Las copias, fotocopias, etc., respecto de las cuales se sabe que coinciden con el original, pueden ser leídas en lugar de este.[776]

2. Las formas de la prueba documental

(38) *a*) La prueba documental regularmente se produce mediante lectura (§ 249, inc. 1.º).

b) La incorporación sin lectura pública tiene por destino la simplificación del proceso.

> **Ejemplos:** La acusación afirma que un determinado libro de 800 páginas es pornográfico (§ 184, inc. 1.º StGB). La defensa hace hincapié en el contenido ideológico y la redacción artística. Si no existiera la posibilidad de una incorporación sin lectura pública, el voluminoso libro debería ser leído durante días enteros.

---

774. *BGHSt* 27, 135, 136.
775. En detalle Meyer-Goßner/Schmitt, § 249 nm. 13.
776. BGH, *NStZ* (1986), 519.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

En casos de derecho penal económico, muchos documentos son incorporados sin lectura pública (facturas, *e-mails*, etc.).

Con este procedimiento, se suprime el principio de oralidad para la prueba documental y se afecta el principio de publicidad. El contenido de los documentos que el tribunal[777] ha leído y que las otras partes han podido leer es empleado como fundamento de la sentencia sin que haya sido discutido.

c) A pesar de las objeciones en la doctrina, la jurisprudencia siempre consideró admisible que la lectura sea sustituida por un informe del presidente cuando no se oponen los intervinientes en el proceso y lo que tiene relevancia probatoria es «solo» el contenido del documento y no su tenor literal (y mantiene esta posición luego de que se introdujera el procedimiento por el cual se incorporan documentos sin lectura pública).[778]

3. La necesidad de la prueba documental

(39) El § 249 regula únicamente cómo debe producirse la prueba documental, pero no menciona cuándo tiene lugar. Para ello, hay que remitirse al deber judicial de esclarecimiento y al principio de inmediación en la recepción de la prueba (§ 244, inc. 2.º; más detalles en *infra* § 27 nm. 2).

Casos y preguntas

163. ¿Qué medios de prueba están previstos en la StPO?
164. ¿Sobre qué información es consultado un testigo?
165. ¿Qué deberes tiene un testigo?
166. ¿En qué se diferencian el derecho de abstenerse a prestar testimonio y el de abstenerse de responder preguntas?
167. Desde hace muchos años, la Sra. A y el Sr. B conviven sin estar casados. En un proceso contra B, ¿tiene A el derecho de abstenerse de prestar testimonio?
168. R, S y T cometieron un gran robo de joyas. Contra todos ellos se realizó un mismo proceso. Por falta de pruebas, el tribunal quiere separar el proceso contra R e interrogarlo como testigo en la causa contra S y T. ¿Es esto admisible?
169. ¿Qué clase de hechos son relevantes para el dictamen de un perito y sobre cuáles debe ser interrogado como testigo?

777. También los escabinos, BGH, *NStZ* (2005), 160.
778. Desde *BGHSt* 1, 94.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Comentarios desde la perspectiva española

En el ordenamiento español se consideran como medios de prueba la declaración del acusado, la prueba de testigos, la prueba pericial y la prueba documental.

I. LA DECLARACIÓN DEL ACUSADO

Ciertamente no existe regulación específica sobre el interrogatorio del acusado en el juicio oral[779], sin embargo, eso no significa que no se considere que estamos ante un medio de prueba necesario que hay que practicar.[780]

Estamos ante una declaración y no ante un interrogatorio, al entenderse como un medio de defensa que permite a los acusados posicionarse en el proceso. Deben concurrir una serie de reglas para su práctica: 1) las preguntas serán directas, y se iniciará preguntándole sobre los datos personales y si se declara culpable o no; 2) la regla general es que se preste declaración en la sala de vistas y presencialmente (no obstante, es posible excepcionalmente utilizar videoconferencia); 3) no se permite la utilización de medios científicos para la obtención de la verdad (p. ej., polígrafo, etc), y 4) el acusado puede adoptar diferentes posturas: *a*) contestación exculpatoria, *b*) negarse a contestar, *c*) aceptación de los hechos y cargos de que se le acusa.

II. LOS TESTIGOS

La declaración de los testigos viene regulada en los arts. 410-450 Lecrim y coincide básicamente en los aspectos esenciales con el proceso penal alemán. No obstante, se comentarán aquellas cuestiones que requieren cierto análisis diferenciador.

Con relación a quién puede ser testigo, puede serlo cualquier persona. Nada impide que se pueda tomar declaración a un menor,[781] aunque se debe tener en cuenta la edad y otras condiciones del menor y cuando son menores de dos o tres años no se les debería tomar declaración. Especial mención requiere la condición de testigo-víctima donde existen una serie de criterios orientadores a la hora de valorar su declaración, a saber: ausencia de incredibilidad subjetiva,

---

779. Se reconoce, sin embargo, la declaración del procesado como acto de investigación en el sumario (art. 385 y ss. Lecrim y el art. 46.1 y 5 LOTJ sí que admite expresamente como medio de prueba el interrogatorio del acusado.
780. STS 28 de noviembre de 1928.
781. Los niños entre los 2-3 y 6-7 años presentan claras limitaciones como testigos, por ello es necesario restringir drásticamente la extensión de las actuaciones procesales sobre ellos. Los niños entre 6-7 y 10-11 años tienen más desarrollados sus aspectos cognitivos. Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2009 *sobre protección de los menores víctimas y testigos*, pp. 10-11.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

persistencia en la incriminación y corroboración por medio de datos objetivos (p. ej., informes psiquiátricos o psicológicos).

Tienen la obligación de comparecer (salvo algunos supuestos excepcionales de los arts. 412 y 415 Lecrim) y el deber de declarar, de modo que, si se niega y persiste en su actitud, puede incurrir en responsabilidad por delito de desobediencia (arts. 716 Lecrim y 557 CP). Existen, sin embargo, excepciones a ese deber de declarar (art. 416 Lecrim). Tienen derecho a indemnización por su actuación, por ello es determinada la cuantía mediante decreto del LAJ de conformidad con los gastos de viaje y jornales perdidos (art. 417 Lecrim).

En relación con la protección de testigos hay que remitirse a la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

Los careos aparecen como medio complementario (arts. 451 a 455 Lecrim) para supuestos de contradicción o desacuerdo o discrepancia entre testigos o de encausados.

III. EL PERITO

La Lecrim regula el informe pericial en los arts. 456-485, de manera que considera al perito como «aquella persona que posee conocimientos específicos sobre materias científicas o artísticas, bien por razones profesionales, al desempeñar una profesión u oficio avalado con un título oficial, o bien por desarrollar una actividad para la que no se precisa de aquel; conocimientos de los que carece el juzgador».[782]

Existe coincidencia en cuanto al deber de comparecer y formular el informe pericial (arts. 462-463 Lecrim) en ambos ordenamientos y también disponen del derecho a ser renumerados por la tarea que desempeñan. Se les aplica, para los supuestos en los que requieran protección la LO 19/1994 mencionada *supra* para los testigos.

IV. INSPECCIÓN OCULAR

El art. 727 Lecrim permite que el tribunal pueda acudir con las partes al lugar correspondiente fuera de la sede del mismo. Se considera, sin embargo, una prueba excepcional o residual.

V. PRUEBA DOCUMENTAL

Como particularidad de la prueba documental en el ordenamiento jurídico español hay que apuntar que se alude a su regulación en la Lecrim, pero tiene mayor incidencia entre las diligencias de investigación. En ocasiones se vincula

782. Gómez Colomer y Barona Vilar (2021b, 464).

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

el documento con las piezas de convicción u objeto de aprehensión en los registros practicados en la etapa preliminar. Para aclarar el concepto de lo que se considera «documento» debemos tener en cuenta el art. 26 CP, donde se entiende por tal «todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria» (p. ej., videos, documentos electrónicos, historiales clínicos, registros informáticos, certificaciones electrónicas).

Los documentos alcanzarán valor probatorio, si se introdujeron en el procedimiento preliminar, debiendo darse por reproducidos, con lectura íntegra durante la vista. Aquellas diligencias que por su naturaleza no sea posible reproducirlas de nuevo en el juicio oral, podrán incorporarse cuando las partes o el mismo tribunal lo soliciten (art. 730 Lecrim).

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Capítulo 22. Conceptos fundamentales del derecho probatorio

Cuando se pretende probar algo, siempre se plantean las mismas preguntas: qué debe probarse (fin de la prueba), cómo debe probarse (procedimiento probatorio) y en qué puede basarse la producción de prueba (medios de prueba). En el proceso penal, para cada una de estas preguntas, existen reglas jurídicas. Estas reglas no permiten que se realice todo aquello que sería posible.

(1) Con respecto al *fin de la prueba*, en primer lugar, es relevante en qué estadio se encuentra el proceso y qué decisión debe tomarse. En el juicio oral, un fallo de culpabilidad solo puede emitirse si han sido probados todos los hechos sobre los que se basa la sentencia. Este es el caso cuando el tribunal carece de dudas razonables acerca de si el hecho sucedió de tal modo y no de otro, esto es, está convencido de cómo se desarrollaron los acontecimientos y de la culpabilidad del acusado. Entonces, se alcanzó el objetivo de comprobar la *verdad*.

Sin embargo, cuando el tribunal tiene que decidir, por ejemplo, si el planteamiento de una recusación está fundamentado (cf. *supra* § 19 nm. 18), es suficiente si los hechos sobre los que se basa resultan verosímiles, es decir, si existe cierta *probabilidad*.

En el procedimiento de investigación todas las decisiones se fundan en la *sospecha*. Para el fiscal, los hechos sobre los cuales se basa su acusación ya se encuentran «probados» cuando existe una sospecha suficiente. Por lo tanto, la *medida de la prueba* necesaria (verdad-probabilidad-sospecha) es diferente según el tipo de decisión y el estado del proceso.

(2) De manera correspondiente, también son diferentes los *procedimientos de prueba*. En el juicio oral, para todos los hechos que son relevantes desde el punto de vista jurídico-material rige el procedimiento *probatorio estricto*. En primer lugar, ello significa que se encuentra rigurosamente regulado qué medios de prueba pueden emplearse, es decir, exclusivamente testigos, peritos, documentos e inspección ocular. Además, está estrictamente regulado el procedimiento de recepción de la prueba, esto es, la cuestión de cómo debe procederse con dichos

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

medios de prueba. En el procedimiento *probatorio libre* no rige este principio de exclusividad, ni hay reglas establecidas para su utilización. Este procedimiento tiene lugar en la etapa de investigación, en el juicio oral, exclusivamente para hechos procesalmente relevantes (p. ej., la capacidad del acusado para actuar en el juicio), y en el procedimiento de casación (más detalles cf. *infra* § 23 nm. 7 ss.; § 36 nm. 14, 24 y 41).

(3) Mediante la *producción probatoria* se introduce un medio de prueba en el proceso.

(4) A través de ello se obtiene un *resultado probatorio*. Este resultado es un material fáctico, que se adquiere mediante la utilización del medio de prueba (p. ej., lo que dijo el testigo, el contenido del documento, lo que se descubre en el laboratorio, etc.). Un resultado probatorio individual no constituye todavía una «prueba» de los hechos que resultan relevantes para la decisión. Debe ser puesto en relación y valorado junto con los otros resultados probatorios.

(5) La *valoración de la prueba* se realiza constantemente. El fiscal considera si ya tiene bastantes «pruebas» (resultados probatorios) para fundar una sospecha suficiente (acusación) o una vehemente (prisión preventiva). Sucesivamente, en el transcurso de la recepción de la prueba, el tribunal se forma una imagen de la situación probatoria. Sin embargo, en el juicio oral, por principio, tiene prohibido realizar una anticipación de la valoración probatoria. Recién al final del juicio, y a partir de lo que ha sido la esencia de audiencia (§ 261), el tribunal debe valorar y formar su opinión sobre la culpabilidad o la inocencia del acusado. En este momento no está vinculado a reglas jurídicas. Aquí rige el *principio de la libre valoración de la prueba* (más detalles, también sobre las excepciones, *infra* § 29 nm. 1 ss.).

En esta etapa, no resulta extraño que el tribunal tenga que dejar de lado algunos resultados probatorios. De ello se ocupan las *prohibiciones probatorias* (más detalles, *infra* § 28 nm. 1 ss.).

Comentarios desde la perspectiva española

I. CONCEPTO DE PRUEBA

La prueba puede definirse como «la actividad procesal, de las partes (de demostración) y del juez (de verificación) por la que se pretende lograr el convencimiento psicológico del juzgador acerca de la verdad de los datos allegados al proceso».[783]

783. Gómez Colomer y Barona Vilar (2021b, 428).

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Los elementos típicos de la prueba en el proceso penal son la presunción de inocencia, la no obligación de declarar, la posible práctica de la prueba de oficio y la valoración libre de la prueba.

II. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) es el pilar esencial sobre el que reside el proceso penal, ya que implica que el sujeto pasivo del proceso es inocente salvo que se desvirtúe tal presunción mediante una sentencia condenatoria. Se trata, además, de un principio reconocido en todos los textos internacionales sobre derechos humanos (art. 6.2 CEDH, art. 14.2 PIDCP, art. 48.1 CDFUE). Su contenido esencial en España se ha ido configurando con una amplia labor jurisprudencial.[784] Hay una serie de elementos que definen esta presunción de inocencia:[785]

- Garantía procesal que repercute directamente en la culpabilidad-inocencia del acusado, sin incidencia sobre la calificación de los hechos o sobre la responsabilidad penal del acusado
- Máxima procesal, pues determina el fallo de la sentencia, de modo que se deberá absolver cuando no se haya podido demostrar la culpabilidad del acusado.

Para que se pueda desvirtuar la presunción de inocencia, deben producirse las siguientes condiciones: 1) práctica de la prueba con todas las garantías (contradicción, oralidad, inmediación y publicidad); 2) que la prueba sea de cargo, entendiéndose como aquella que tiene un contenido incriminatorio; 3) que sea prueba suficiente,[786] entendiendo como regla general, que, por prueba suficiente, debe considerarse la prueba que se ha practicado en el juicio oral. Esta suficiencia no se refiere a la cantidad de pruebas incriminatorias, sino más bien a la cualidad y entidad que deben revestir los medios de prueba que se practiquen.

III. EL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO*

La jurisprudencia española ha considerado que el principio *in dubio pro reo* es una regla de juicio para absolver al acusado ante la duda, basándose en la máxima de que es preferible la absolución de un presunto culpable, a la condena de un presunto inocente.[787] El TC español considera que este principio es válido

784. STC núm. 31/1981.
785. Gómez Colomer y Barona Vilar (2021b, 430-431).
786. El Tribunal Constitucional ha establecido unos requisitos esenciales para que las diligencias practicadas en la investigación puedan alcanzar valor probatorio: 1) actuaciones no reproducibles en el juicio oral; 2) intervenidas por la autoridad judicial; 3) que se hayan realizado con pleno respeto al principio de contradicción y 4) que se incorporen al juicio oral mediante la efectiva lectura de los documentos que acrediten su contenido.
787. Moreno Catena y Cortés Domínguez (2021, 468).

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

para resolver la incertidumbre del juzgador sobre los hechos[788] y debe aplicarse en casos de insuficiencia de la prueba para lograr el convencimiento psicológico del juzgador sobre la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable que exige dictar sentencia absolutoria.[789]

Ahora bien, hay que distinguir claramente el principio de presunción de inocencia del principio *in dubio pro reo*, pues tienen jerarquía y contenidos diferentes. En este sentido, el primero se considera como un derecho fundamental, cuya infracción permite interponer un recurso de amparo, mientras que el segundo, no está previsto en la constitución y no deja de ser una cuestión procesal de legalidad ordinaria, de modo que solo se podrá alegar su violación mediante el recurso de casación, con fundamento en el motivo de error en la apreciación de la prueba.

IV. LA VALORACIÓN LIBRE DE LA PRUEBA

El proceso penal español consagra el sistema de libre valoración de la prueba, de conformidad con el art. 741 Lecrim, ya que dispone «el tribunal, apreciando, según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio». Igualmente indica el art. 717 Lecrim, en relación con la valoración de la prueba testifical, que el tribunal realice una valoración de conformidad con las «reglas del criterio racional».

El origen del principio de valoración de la prueba «según conciencia» se encuentra en el *Códe d'instruction criminelle* francés de 1808 y se va introduciendo en el resto de ordenamientos jurídicos en el proceso penal del entorno europeo que absorbe esta perspectiva.[790] En el caso español, ha existido una tendencia jurisprudencial consolidada del Tribunal Supremo que amparaba una ilimitada libertad del juez en la decisión sobre los hechos enjuiciados, sin excesiva justificación en cuáles eran las razones que propiciaban la resolución en un sentido u otro, ya que la culpabilidad del acusado dependía del «convencimiento en conciencia» del juzgador, hasta el extremo de transformarse esta expresión en una facultad soberana muy amplia. En este contexto, se produce un cambio significativo a partir de la STC 31/1981 de 28 de julio puesto que esta sentencia se pronunció exactamente sobre el sentido de la «apreciación en conciencia», de ahí que se puedan destacar los siguientes aspectos:

– Toda condena en un proceso penal debe ser precedida por una mínima actividad probatoria de cargo, donde se hayan respetado todas las garantías, de modo que sea obligatorio motivar la sentencia con la valoración de la prueba realizada por el tribunal.

«En conciencia» debe comportar una necesaria «apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo».

788. STC 125/2017, de 13 de noviembre.
789. STC 10/2017, de 30 de enero.
790. Gómez Colomer y Barona Vilar (2021b, 438).

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Capítulo 23. La producción de la prueba y el procedimiento probatorio

Todos los hechos en los que se funda una sentencia deben ser probados (cf. *supra* § 22). Esta regla fundamental contiene tres conceptos que deben ser explicados con más detalle: existen diferentes clases de hechos, de decisiones y de procedimientos probatorios.

I. HECHOS

(1) Los fundamentos fácticos de la decisión deben producirse recién en el juicio oral; el derecho, por el contrario, ya es conocido por el tribunal. Las reglas jurídicas no deben ser probadas. Si el tribunal no las conoce con precisión, debe instruirse.

> **Ejemplo:** En un proceso penal económico se plantean cuestiones jurídicas muy complicadas vinculadas con la ley de comercio exterior y el derecho aduanero.

Estrictamente ello solo rige para las leyes internas. En relación con el derecho extranjero y el derecho consuetudinario interno pueden producirse pruebas, ya sea en el procedimiento probatorio libre[791] o a través del dictamen de un perito.

1. Hechos principales, indicios, hechos auxiliares

(2) Los *hechos principales* son aquellos a través de los cuales se define un elemento del tipo (u otro elemento de la estructura del delito), esto es, aquellos a los que se recurre directamente para responder a la pregunta de si ese elemento existe.

791. BGH, *NJW* (1994), 3364.

> **Ejemplos:** El acusado realizó *dolosamente* la acción fraudulenta, porque *sabía* que no había realizado las prestaciones contenidas en la factura.
>
> El acusado es el *autor* del incendio, porque comenzó el fuego con sus *propias manos.*

(3) Los *indicios* se encuentran un paso más lejos de los elementos típicos; su importancia solo es indirecta. De los indicios (señales) se deduce el hecho principal.

> **Ejemplos:** El acusado *sabía* que no había realizado las prestaciones contenidas en las facturas, porque en ellas introdujo sumas mayores a las que figuraban en los talones de entrega; además, dijo al testigo X que obtendría ganancias de sus clientes y que haría mucho dinero.
>
> El acusado *dio comienzo al fuego por sí mismo*, porque el día del hecho dijo a sus amigos, los testigos X e Y, que iba a «sanear con calor» su vivienda y porque contradijo su afirmación de que el día del hecho se encontraba en un bar a 20 km de distancia.

La deducción de hechos principales a partir de indicios es posible mediante reglas de la experiencia (cf. *infra* nm. 6). La fuerza probatoria del indicio depende de la fuerza de esas reglas.

Los indicios pueden conectarse entre sí («cadena de indicios»). Con mayor frecuencia, sucede que muchos indicios, independientes entre sí y provenientes de diferentes direcciones, permiten alcanzar conclusiones con respecto a un hecho relevante («serie de indicios»;[792] mejor, haz de indicios).

En el caso de la prueba indiciaria, el hecho probado es el indicio, y el fin de la prueba, es el hecho que debe deducirse del indicio.[793]

(4) El *indicio* debe *ser constatado*, esto es, debe existir para que el tribunal forme su convicción.[794] De conformidad con la opinión dominante, el principio de que solo puede considerarse en contra del acusado aquello que fue probado resulta «sin más de las leyes del pensamiento».[795] En verdad, se trata de una premisa normativa de nuestra cultura jurídica.[796] Las penas por sospecha, conocidas por el derecho alemán en la Edad Media y aún en la actualidad, por algunos regímenes dudosos, no son ilógicas, sino injustas. Cuando el indicio todavía resulta incierto, es posible extraer conclusiones, pero ellas carecen de valor. Desde un punto de vista estructural, una conclusión sobre el hecho B derivada del indicio A proporciona siempre una cierta probabilidad (prescindiendo de las pocas deducciones «irrefutables»). Pero si no resulta seguro, sino que solamente probable que un hecho deducido exista, toda la probabilidad general sobre la respectiva conclusión se situaría por debajo de la línea de la utilidad.

---

792. Meyer-Goßner/*Schmitt,* § 261 nm. 25.
793. Cf. *BGHSt* 39, 251, 253 s..
794. BGH, *NStZ* (1981), 33; (1999), 205.
795. Meyer-Goßner/*Schmitt*, § 261 nm. 29.
796. Volk, *NStZ* (1983), 423.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Con esta clase de probabilidades «lejanas» ya no puede emprenderse ninguna actividad probatoria.

(5) Los *hechos auxiliares* tienen también una relevancia indirecta. Las conclusiones que derivan de esta subclase de indicios no tienen como objetivo el hecho principal, sino la fuerza probatoria de la deducción.

Ejemplo: indicios sobre la veracidad de una declaración, sobre la autenticidad de un documento.

2. Reglas de la experiencia

(6) Estas reglas indican cómo hay que conducirse con los hechos de acuerdo con la experiencia.

Ejemplo: A mediados de enero, en Múnich, con cielo despejado, oscurece cerca de las 17 h. Cuando un homicidio ha sido planeado en todos sus detalles, no se trata, por regla general, de un delito emocional.

En la mayoría de los casos, estas reglas se fundamentan en consideraciones estadísticas sobre la realidad y proporcionan, por lo tanto, solo proposiciones probabilísticas. En casos límite, estas probabilidades se consideran prácticamente seguras y las conclusiones que a partir de ellas se extraen resultan imperativas. Es decir, tienen por resultado que algo debe ser así.

Ejemplos: Huellas dactilares; mediciones hechas por un radar.

O que no puede ser así.

Ejemplos: Prueba de la ausencia del acusado en la escena del crimen, análisis de ADN.

II. PROCEDIMIENTO PROBATORIO

(7) Nuevamente: todos los hechos sobre los que se funda la sentencia deben ser probados. Con esta regla fundamental solo se dice qué debe probarse, pero aún no, cómo debe probarse. La distinción básica entre procedimiento de prueba estricta y procedimiento de prueba libre ya fue analizada (cf. *supra* § 22 nm. 2).

1. Prueba estricta

La prueba de los hechos que se necesita para la decisión de mérito sobre la culpabilidad y las consecuencias jurídicas debe producirse únicamente con los medios de prueba admisibles en un proceso reglado.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

2. Prueba libre

(8) Para la producción de toda otra prueba rige el procedimiento de prueba libre, el cual no se encuentra regulado en la ley.[797]

a) Ámbito de aplicación

De acuerdo con la opinión dominante, este tipo de prueba rige:

– para toda producción de prueba fuera del juicio oral,
– durante el juicio oral, para la constatación de los presupuestos procesales y otros hechos procesales relevantes, por ejemplo, los presupuestos fácticos de las prohibiciones de valoración (en especial, § 136a) y el rechazo de requerimientos de prueba;
– en el procedimiento de casación.

b) Reglas jurídicas

(9) En cierto modo, se encuentra establecido por la costumbre, que el deber judicial de esclarecimiento y el principio fundamental de ser oído conforme a la ley, rigen sin modificaciones, y que las prohibiciones probatorias y los derechos de abstenerse de prestar testimonio deben ser considerados, al igual que la prohibición de tomar juramento y la libertad de declarar que rigen respecto del acusado. No resultan aplicables los principios de oralidad, inmediación y publicidad. El tribunal puede utilizar todas las fuentes de conocimiento que se encuentran a su disposición, por ejemplo, recurrir a informaciones escritas y telefónicas.[798] Si lo considera, no tiene que leer documentos; y puede tratar las solicitudes de prueba solo como sugerencias.[799] Ni siquiera es seguro que los resultados obtenidos mediante la prueba libre tengan que ser objeto de una audiencia oral. Solo para la valoración de la prueba, no rige ninguna particularidad.[800]

(10) La opinión dominante, sin embargo, concede que en principio los hechos doblemente relevantes, esto es, aquellos que resultan importantes tanto para las cuestiones de la culpabilidad como para las decisiones de carácter procesal, deben ser establecidos mediante la prueba estricta. Con todo, no hay claridad al respecto.[801]

> **Ejemplo:** En la audiencia se duda sobre si el hecho podría haber sido cometido con anterioridad a lo señalado en la acusación. La consecuencia sería, por un lado, que el hecho estaría prescrito y, por el otro, que ese supuesto día el acusado no habría

797. Para una crítica a esta posición Volk (1978), 78 ss.; cf. también Roxin/Schünemann, § 21 nm. 23.
798. BGH, *NStZ* (1984), 134.
799. *BGHSt* 16, 164, 166.
800. Ambiguo Beulke/Swoboda, nm. 180.
801. Cf. *BGH* 26, 228, 238.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

podido cometer el hecho. ¿Qué corresponde?: ¿Prueba libre, porque se trata de la cuestión procesal relativa a la prescripción? ¿O prueba estricta, porque debe resolverse en torno a la autoría del acusado?

III. NECESIDAD DE LA PRUEBA

(11) Por última vez: todos los hechos en los que se funda la sentencia deben probarse. Sin embargo, no siempre deben ser probados. Los hechos *notorios* no necesitan ser probados**.**

Por un lado, son hechos notorios los generalmente conocidos, es decir, «aquellos sobre los cuales una persona razonable generalmente tiene conocimiento, o sobre los que se puede informar con seguridad a partir de fuentes confiables y sin conocimientos teóricos especiales».[802]

Ejemplo: El hecho de que la autopista Múnich-Salzburgo posee una salida hacia Holzkirchen no debe probarse con una visita al lugar o mediante la declaración de testigos.

También son hechos notorios los *hechos notorios judiciales*. Si en relación con su actividad oficial (los conocimientos privados no son suficientes), el tribunal conoció hechos de un modo confiable, no resulta necesario probarlos.[803]

Ejemplo: Para determinar la credibilidad del testigo X es relevante su condena por estafa. Para ello, no es necesario producir prueba, es suficiente con que haya sido condenado por el tribunal que conoció en el caso.

Todo otro hecho debe ser probado.

(12) Ello sucede mediante la recepción de la prueba (§ 244, inc. 1.º). Si el acusado *confiesa*, la recepción de la prueba no deviene inadmisible, aunque en algunos casos puede resultar superflua. El acusado no es un medio de prueba, porque no tiene el deber de declarar (cf. también la posición sistemática del § 243, inc. 5.º, 2.ª oración antes del § 244). Pero si declara, sus manifestaciones pueden ser valoradas. Con ello, el acusado se convierte a sí mismo en medio de prueba. Solo se puede desistir de la recepción de la prueba en virtud de una confesión, cuando su credibilidad no deba ser comprobada o cuando no haya más por acreditar con respecto a la cuestión de la pena.

802. *BGHSt* 26, 56, 59.
803. Sobre los límites, *BGHSt* 45, 354.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Casos y preguntas

170. Todos los hechos sobre los cuales se basa la sentencia deben ser probados. ¿Qué clases de hechos conoce?
171. ¿Qué clase de procedimientos de prueba que contiene la StPO conoce, y cuándo se emplea cada uno?
172. En el juicio oral, A contradice las declaraciones que había realizado durante el interrogatorio policial. Argumenta que esas manifestaciones no deben ser valoradas porque se le había suministrado el denominado «suero de la verdad». El juez quiere escuchar al funcionario policial que efectuó el interrogatorio y lo llama por teléfono. ¿Es admisible esta forma de proceder?
173. ¿Qué hechos no necesitan ser probados?

Comentarios desde la perspectiva española

El objeto de la prueba[804] se refiere a las realidades que en general pueden ser probadas en el proceso penal. En este sentido, será objeto de prueba tanto los hechos como las máximas de la experiencia siempre que sean pertinentes en relación con a materia del proceso y relevantes para la posible decisión judicial. No será necesario probar hechos notorios.

En cuanto a los indicios, como método de valoración de la prueba, en el sistema español se exige, para que puedan servir para desvirtuar la presunción de inocencia, los siguientes requisitos: 1) la existencia de varios indicios, que además deben estar relacionados (sin perjuicio de que, aun admitiendo excepcionalmente la presencia de uno solo, conlleve una especial fuerza incriminatoria; 2) los hechos indiciarios deben estar absolutamente probados; 3) nexo conexo concreto y determinado entre el hecho indiciario y el hecho consecuencia, y 4) la convicción judicial debe estar suficientemente motivada, mediante un juicio racional, coherente y lógico.[805]

El procedimiento probatorio en el proceso penal español se estructura en tres fases: la proposición, la admisión y la práctica de los medios de prueba. El sistema de valoración de la prueba será libre, sin estar prevista la valoración legal de la prueba en el proceso penal.

Es importante señalar que es posible la prueba practicada de oficio. Las partes, como regla general, propondrán los distintos medios de prueba normalmente en los escritos de calificación provisional (art. 656 en el proceso ordinario) o de acusación y defensa (arts. 781,1, II y III y 784.1 y 2 Lecrim en el procedimien-

804. Montero Aroca (2000a, 16-66) y (2000b, 281-314).
805. STC núm. 137/2005 (Sala Segunda), de 23 de mayo.

to abreviado) en los procesos por delito, mientras que en los delitos leves la proposición se efectúa en el mismo trámite del juicio (art. 969 Lecrim).

Para la admisión de la prueba, el juez tendrá en cuenta los siguientes aspectos: legalidad, pertinencia y utilidad.

Por último, la prueba se practicará en el juicio oral como regla general, pudiendo tener lugar de forma excepcional la prueba anticipada (arts. 448, 449, 467, 333 y 336 Lecrim) o preconstituida.[806]

806. Especial referencia al art. 449 ter Lecrim que prevé la posibilidad de preconstituir la prueba en casos de menores y personas con discapacidad en determinados delitos con el objetivo de evitar que tengan que declarar de nuevo en el juicio oral.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Capítulo 24. El deber de esclarecimiento, § 244, inc. 2º

I. OBJETIVO

(1) El objetivo del proceso penal es llegar a una sentencia fundada en la verdad, justa y que cree paz jurídica. El tribunal debe investigar de oficio la verdad acerca de los hechos (principio de investigación). La convicción subjetiva del juez de que algo «fue así» requiere un fundamento objetivo. Antes de formar su convicción, el tribunal debe esclarecer el asunto de manera completa y en todas las direcciones. Entonces, si un determinado desarrollo del suceso desde el punto de vista objetivo resulta al menos muy probable, y los jueces no tienen dudas razonables, puede decirse que se ha acreditado la verdad.

II. ALCANCE

(2) Deben esclarecerse todos los hechos relevantes para decidir sobre cuestiones procesales y materiales. En cuanto a los hechos que son importantes para las cuestiones de la culpabilidad y la pena, el concepto procesal de hecho establece el límite. Lo que se encuentre más allá de aquello puede ser interesante, pero no relevante.

> **Ejemplo:** En un proceso contra el empresario U por donaciones a partidos políticos, la cuestión de si este cometió el hecho acusado, esto es, defraudación tributaria, ya se encuentra en estado de ser resuelta. El presidente del tribunal pretende continuar con la recepción de la prueba con el argumento de que aquí se encuentra en juego la superación de un caso referido a donaciones realizadas a los partidos políticos de la República Federal.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Respecto de ello, la opinión pública no tiene ningún derecho. El proceso penal no es un foro para discutir sobre la historia contemporánea. «El exceso de esclarecimiento» va más allá del objetivo del proceso penal.[807]

(3) Solamente es relevante aquello que resulta importante para la dictación de la sentencia.

> **Ejemplo:** El tribunal tiene dudas insuperables sobre la imputabilidad del acusado y, por ello, quiere absolverlo. El acusado niega haber cometido el hecho. El tribunal no quiere profundizar sobre esta cuestión.

La cuestión referida a la autoría resulta irrelevante para tomar la decisión. Ya está establecido que se absolverá. El tribunal debe terminar un proceso, sin realizar un dictamen jurídico. Por otro lado, el interés del acusado es comprensible y legítimo. Si bien no puede exigir que un proceso continúe exclusivamente para probar su inocencia,[808] cuando ello puede realizarse fácilmente, sin grandes gastos y sin demoras considerables para el proceso, el deber de asistencia judicial impone tomar en cuenta el interés por rehabilitarse.

III. DESTINATARIO

(4) El tribunal determina la extensión de la recepción de la prueba. No está obligado a considerar los intereses ni deseos de los intervinientes en el proceso.

> **Ejemplo:** El tribunal entiende que es necesario aclarar la cuestión de la imputabilidad mediante un dictamen. El acusado se opone y prefiere ser condenado antes que declarado inimputable, es decir, prefiere ir a la cárcel antes que ser internado (en vano) en un hospital psiquiátrico.

(5) Solo el tribunal tiene el deber de esclarecimiento, nunca el acusado. Naturalmente, ello también vale para las circunstancias desincriminantes (e incluso, cuando el acusado calla y nada dice sobre ellas). La antigua distinción entre «pruebas de cargo» y «pruebas de descargo» ha sido superada hace tiempo (aunque todavía existe en otros órdenes procesales como, p. ej., en los Estados Unidos). El acusado no tiene la carga de la prueba. En el caso señalado: no tiene la carga subjetiva de la prueba, ni tampoco de su producción. Es el tribunal y no el acusado el que tiene que actuar.

IV. CONTENIDO

(6) El tribunal siempre debe hacer el esfuerzo por conseguir la mejor prueba posible. Esta regla no implica la prohibición de recurrir a pruebas indirectas.[809]

---

807. BGH, *NStZ* (1994), 247, con comentario de Widmaier.
808. *BGHSt* 10, 88, 93.
809. BVerGE 57, 250, 277; BGH, *NJW* (1993), 803, 804.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Cuando el tribunal tenga conocimiento de hechos (a través de las actuaciones, por requerimientos de prueba, propuestas o por el mero desarrollo del proceso), que sugieran la práctica de determinados medios de prueba, debe producirse dichas pruebas.[810] Incluso la posibilidad lejana de que se cambie la opinión formada hasta el momento sobre el caso puede desencadenar el deber judicial de esclarecimiento.[811] Sin embargo, esto solo debería aplicarse a los casos límite[812] y, para el resto, bastaría con una «valoración razonable de los hechos».[813] Cuanto más seguro aparece el resultado de una prueba, menor es el motivo para recurrir a otras posibilidades probatorias, y viceversa.[814]

Sin embargo, no pueden excluirse todas las alternativas posibles del suceso; siempre persisten dudas «teórico-abstractas».

> **Ejemplo:** Un día con buen clima, mientras el acusado manejaba su auto totalmente nuevo por un camino rural desolado, no tomó la curva hacia la derecha, sino que siguió de largo por el campo y lesionó a un agricultor. Todo habla a favor de un error de conducción. El acusado reclama que el tribunal no esclareció el hecho de si una mosca se había introducido en su ojo o de si justo un conejo había atravesado la ruta.

Con respecto al medio de prueba, deben existir puntos de referencia asequibles, y la duda que podría provocar o disipar, debe ser concreta.

> **Ejemplo:** Si el conductor, Dr. X, es sorprendido en el marco de un control de tránsito nocturno en la calle Linden con un grado de alcoholemia de 1,4 % y guarda silencio sobre el hecho, no surgen interrogantes sobre el trasfondo de este sencillo caso de incapacidad para conducir. La situación sería distinta, si él dijera que, en su calidad de médico, estaba en camino para atender una urgencia.

Este ejemplo muestra que si bien, por un lado, es una cuestión del tribunal investigar las causas de justificación (en ningún caso existe una carga de la producción de la prueba, cf. *supra*); por el otro, sin embargo, muchas veces corresponde al acusado actualizar y poner en práctica el deber de esclarecimiento del tribunal.

Comentarios desde la perspectiva española

En el proceso penal, la actividad probatoria es fundamentalmente un acto de parte, específicamente de la parte acusadora. La regla general que impera es que el acusado no necesita probar nada. En este sentido, la falta de prueba de los hechos, así como de la responsabilidad que se le ha imputado al acusado, dará

---

810. *BGHSt* 30, 131, 140.
811. Cfr. *BGHSt* 23, 176 188; BGH, *NStZ* (1983), 210.
812. Meyer-Goßner/Schmitt, § 244 nm. 12.
813. BGH, 9.10.2014, 4 StR 208/14.
814. BGH, *StV* (1996), 249.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

lugar a una sentencia absolutoria, ya que no será posible declararle culpable, al no haberse desvirtuado el principio de presunción de inocencia.

Ahora bien, es posible, la prueba de oficio. Es indudable que la posición del juzgador no puede reducirse al papel de un mero espectador. Es más, la actividad probatoria se dirige al juez con el objetivo precisamente de lograr el convencimiento psicológico del juzgador.[815] Con todo, el juez no puede convertirse en investigador, pero esto no es incompatible con la posibilidad de que el juzgador acuerde de oficio la práctica de medios concretos de prueba (art. 729.1 y 2, art. 726 Lecrim).

Así, tal y como afirma Barona Vilar, «si los datos sobre los que versa la prueba penal han sido aportados al proceso y el juez ha tenido conocimiento de los mismos, y siendo que del mismo proceso pueden surgir fuentes de prueba que se hallen directa o indirectamente relacionadas con estos datos, no existe impedimento legal alguno a la utilización por el juzgador de los medios de prueba pertinentes para otorgar eficacia procesal a las fuentes. No se trata con ello de introducir de oficio hechos nuevos, dado que, si así se pretendiere, debería suspenderse el juicio oral y abrir una sumaria instrucción complementaria (art. 746.6.ª y 749.2.º Lecrim), sino de alcanzar la verdad de los datos incorporados por los acusadores».[816]

---

815. Moreno Catena y Cortés Domínguez (2021, 443).
816. Gómez Colomer y Barona Vilar (2021b, 428).

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Capítulo 25. El derecho a requerir prueba

I. FUNDAMENTOS

(1) Los intervinientes en el proceso tienen derecho a formular requerimientos de prueba. Esta facultad les otorga la oportunidad, irrenunciable para el Estado de derecho, de influir en la recepción de la prueba, así como de controlar y equilibrar el poder dominante que tiene el tribunal en nuestro modelo de procedimiento inquisitivo. Los requerimientos de prueba solo pueden ser rechazados bajo determinadas condiciones, definidas con precisión. En principio, el tribunal debe resolverlos mediante un auto. Esto no se aplica en los casos en que se tenga la intención de dilatar el proceso (§ 244 inc. 6.º, 2.ª oración) o se fija un plazo (§ 244 inc. 6.º, oraciones 3.ª y 4.ª).[817] Si las causales de rechazo no se aplican correctamente, ello constituye siempre un error procesal (§ 337), el cual, en la mayoría de los casos, conduce a la revocación de la sentencia. Plantear como un motivo de casación que el tribunal ha infringido su deber de esclarecimiento, en general, es más complicado y tiene menos perspectivas de éxito.

II. CONCEPTO

1. Requerimientos de prueba, requerimientos de investigación de prueba y propuestas de prueba

(2) Los requerimientos de prueba deben ser diferenciados de los requerimientos de investigación de prueba y de las propuestas de prueba. Un requerimiento de prueba que, desde finales de 2019, puede deducirse de la definición legal del § 244 inc. 3.º, 1.ª oración (*infra* nm. 8),[818] supone tres pasos:

---

817. Cf. *infra* nm. 11 y 35 ss.
818. Cf. Schork, *NJW* (2020), 1, 3.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

a) Requerimiento

(3) La producción de prueba debe ser solicitada, esto es, debe ser exigida. No debe dejarse a discreción del tribunal.

b) Hecho probatorio

(4) En el requerimiento de prueba debe formularse una afirmación probatoria determinada, esto es, debe especificarse el hecho que se quiere probar.

> **Ejemplo:** El defensor solicita el interrogatorio de funcionarios policiales para probar el hecho de que el acusado, en esencia, «actuó determinado por otro».

En el caso del ejemplo, el defensor no realiza una afirmación sobre un hecho, sino solo la síntesis de una valoración. Los juicios de valor, no obstante, no pueden probarse. El defensor debería haber señalado los hechos, de los cuales se desprendería que el acusado actuó, en esencia, bajo la determinación de otro.[819]

(5) El requerimiento de prueba debe contener el hecho que hay que probar. No es suficiente si solo se menciona el fin de la prueba, esto es, el resultado desde el cual podría inferirse el hecho que se quiere probar (cf. *supra* § 23 nm. 3).[820]

(6) El solicitante debe realizar una afirmación determinada. Ello no significa que deba estar convencido de su verdad. También puede requerir prueba sobre hechos que solo considera probables.[821] Incluso es suficiente con que solo los presuma. En casos extremos, rige la limitación de que no debe tratarse de una «suposición hecha a la ligera».

> **Ejemplo:** Durante la recepción de la prueba, el tribunal verificó cuidadosamente la credibilidad de la principal testigo de cargo, H. La testigo negó bajo juramento haber recibido regalos del jefe de la Policía de Fráncfort en virtud de su «desempeño» en el procedimiento. El defensor requirió que se interrogue como testigo al jefe de la Policía acerca de si había dado obsequios a la testigo H. El BGH consideró que no había elementos para justificar este interrogatorio, pues se trataría de «una suposición hecha a la ligera […], que solo de manera aparente se expresó como una afirmación sobre un hecho».[822]

Para establecer si la «afirmación probatoria se formuló sin base en una suposición fundada, al azar o a lo que resulte, de tal modo que solo se trata de un requerimiento de prueba aparente», debe considerarse como decisivo «el punto de vista de un solicitante razonabl».[823]

---

819. BGH, *NStZ* (1991), 547; fundamental, *BGHSt* 37, 162.
820. BGH, *NStZ* (2007), 112 (hecho probatorio y fin de la prueba en el caso de la coartada); cf. también Widmaier, *NStZ* (1993), 602; críticas en Hamm, *StV* (1993), 455.
821. *BGHSt* 21, 118, 125; *StV* (1989), 237; *NStZ* (2013), 536, 537.
822. BGH, *NStZ* (1992), 397. Cuando persiste la duda, normalmente faltará la conexidad, cf. *infra* nm. 8; ejemplar respecto de esta clase de argumentos, BGH, *NStZ* (2009), 51.
823. BGH, *NStZ* (2003), 497; (2006), 405; (2008), 52; *NStZ* (2009), 226.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Resulta preferible la opinión más estricta, de acuerdo con la cual, corresponde rechazar el requerimiento solo cuando exista un conocimiento positivo de que la afirmación formulada no corresponde.[824]

c) Medios de prueba

(7) El medio de prueba debe estar designado de forma precisa, de modo que pueda ser identificado por el tribunal.

> **Ejemplo:** Afirmar «el testigo Willi Müller, con domicilio en Múnich», por supuesto, no es suficiente. Aquí faltan datos para ubicarlo y citarlo. En cambio, es suficiente, si se indica «el paciente que el 17 de febrero de 1998 se encontraba en la habitación 407 de la sala X del hospital Y».[825]

(8) Además, debe ser posible reconocer qué vinculación (conexión) existe entre el hecho por probar y el medio de prueba.[826] La jurisprudencia ha exigido que «[tiene que] resultar claro, por qué el medio de prueba es adecuado para comprobar de manera directa la afirmación formulada. En este sentido, no es suficiente la mera indicación del fin probatorio».[827] Cuando la recepción de la prueba ya tuvo lugar, la «conexidad», en este sentido general, no es suficiente. En consecuencia, solo existiría el derecho a una nueva producción de la prueba cuando el material probatorio ya recogido debiera ser ampliado o falseado, pero no cuando solo se pretende reiterarlo.[828] A pesar de todas las críticas que se han hecho a esta jurisprudencia, a finales de 2019 el legislador la incorporó a la Ordenanza Procesal Penal[829] en el § 244 inc. 3.º, 1.ª oración (nueva versión), a través de la ley de modernización del procedimiento penal.[830]

2. Requerimiento de prueba eventual y requerimiento de prueba auxiliar

Los requerimientos de prueba también pueden plantearse bajo condiciones (la inútil regla de que los actos procesales son enemigos de las condiciones, cf. *supra* § 15 nm. 1, tiene aquí su excepción más importante: condiciones internas al proceso). Se distinguen dos formas:

---

824. Cf. KK/Krehl, § 244 nm. 73.
825. Cf. BGH, NStZ (1994), 247.
826. Cf. Widmaier, *NStZ* (1993), 602.
827. Cf. BGH, *NStZ* (1998), 97; *BGHSt* 43, 321; BGH, *NStZ* (2009), 171 deja abierto si la conexidad es un elemento independiente o una concreción de la determinación del medio probatorio.
828. BGH, *NStZ* (2009), 49; con dudas, BGH, *NStZ* (2015), 295 s.
829. Crítico Schork, *NJW* (2020), 1, 3; cf. sobre la nueva reglamentación también Meyer-Goßner/Schmitt, § 244 nm. 21a.
830. *BGBl. I* (2019), 2121.

ISBN: 978-84-18432-78-1 Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

a) Requerimientos de prueba eventuales

(9) Se plantean bajo la condición de que surja una determinada situación procesal.[831]

Ejemplos: Requerimiento de prueba para el caso en que

– el testigo sea considerado creíble,
– el tribunal haga lugar a un determinado requerimiento de prueba de la fiscalía.

b) Requerimientos de prueba auxiliares

(10) Se plantean para el caso de determinadas sentencias definitivas.

Ejemplos: Requerimiento de prueba para el caso en que

– el tribunal condene,
– el tribunal absuelva,
– su condena debiera haberse basado en el § 211 (y no en el § 212)
– el tribunal admita que se trataba de un hecho doloso.

III. FORMA Y MOMENTO

(11) Los requerimientos de prueba deben plantearse en el juicio en forma oral (cf., sin embargo, el § 257a). Es usual y adecuado que sean redactados por escrito, leídos y entregados para su incorporación a las actuaciones.

Los requerimientos de prueba pueden plantearse hasta el momento en que comienza el pronunciamiento de la sentencia.[832] A partir de 2017, una vez concluida la audiencia de recepción de pruebas de oficio, el presidente del tribunal, puede fijar un *plazo* razonable para la presentación de requerimientos de prueba con arreglo al § 244 inc. 6.º, 3.ª oración.[833] Los requerimientos que se presenten después de la expiración de este plazo podrán ser resueltos en la sentencia.[834] El acusado no tiene el deber de proponer prueba de descargo y, por ello, tampoco debe tolerar que se valore en su contra el momento en que se efectúa un requerimiento de prueba («tarde», cf. *infra* nm. 24).[835] La última oportunidad para hacerlo es cuando el tribunal se constituye en la sala de audiencias para pronunciar su sentencia.[836] Para la consideración del nuevo planteamiento no rigen

831. Cf. Meyer-Goßner/Schmitt, § 244 nm. 22b.
832. *BGHSt 16*, 389, 391.
833. *BGBl. I* (2017), 3202 (Ley para una configuración del proceso penal más efectiva y adecuada para la práctica).
834. Más sobre el § 244 inc. 6.º, 3.ª oración en *Wostry*, FS Sancinetti (2020), 985 ss.; Schneider, *NStZ* (2019), 489, 490 ss.
835. BGH, *NStZ* (2002), 161.
836. BGH, *NStZ* (1992), 346.

las reglas sobre requerimientos de prueba, sino los principios sobre el deber de esclarecimiento.[837] Los requerimientos formulados antes del juicio oral (*supra* § 16 nm. 6), no se tienen reformulados de oficio, por el contrario, deben reiterarse en esta etapa.

(12) El deber de esclarecimiento impone al tribunal la obligación de pedir que se aclaren los requerimientos confusos y de realizar la advertencia correspondiente frente a los pedidos que tienen la forma de una propuesta de prueba o de un requerimiento de investigación de prueba. El deber de esclarecimiento está marcado por el deber de asistencia.

IV. RECHAZO DE LOS REQUERIMIENTOS DE PRUEBA

1. Panorama

(13) Sobre las propuestas de prueba y los requerimientos de investigación de prueba decide el presidente (§ 238, inc. 1.º). Los requerimientos de prueba solo pueden ser rechazados mediante un auto del tribunal (§ 244, inc. 6.º, 1.ª oración), a menos que se trate de un caso en que se tenga la intención de dilatar el proceso (inc. 6.º, 2.ª oración) o se trate de un rechazo por haberse presentado el requerimiento después del plazo que establece el inc. 6.º, 4.ª oración (véase *infra* nm. 37).

(14) En los requerimientos de prueba, lo relevante es si se trata de un medio de prueba presente o no. Medios de prueba presentes son los testigos y peritos cuando son citados y han comparecido. Si la citación no se realiza a través del tribunal, sino por los intervinientes en el proceso (cf. § 38), debe presentarse un requerimiento de prueba para que sean interrogados (§ 245, inc. 2.º). Este requerimiento solo puede rechazarse bajo presupuestos estrictos, pues se trata de un requerimiento dirigido a conseguir que los testigos y peritos sean conducidos a la audiencia. Una diferenciación semejante rige para «los demás medios de prueba aportados», esto es, documentos y objetos de la inspección ocular. Si ellos son procurados por el tribunal o la fiscalía, la recepción de la prueba debe tener lugar en lo que respecta a ellos (§ 245, inc. 1.º); pero si en cambio, otros intervinientes en el proceso pretenden que estos medios estén presentes, necesitan formular un requerimiento de prueba (§ 245, inc. 1.º, 1.ª oración).

(15) Para los medios de prueba que no están presentes, esto es, los que deben ser aportados, el § 244, inc. 3.º prevé un catálogo de motivos bajo los cuales pueden ser rechazados. Este parágrafo fue ampliado por el § 244, inc. 4.º y 5.º para los requerimientos de prueba que tienen por objeto el interrogatorio de un perito, la realización de una inspección ocular, el interrogatorio de un testigo que se encuentra en el extranjero o la lectura de un documento original. En general, el § 244 contiene una regulación taxativa de los motivos que justifican el rechazo de un requerimiento referido a un medio prueba no presente, mientras que el § 245 hace lo propio con el

837. Cf. BGH, *NStZ* (1986), 182.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

tratamiento de los medios de prueba presentes. El catálogo no puede ser ampliado por el juez.[838]

(16) De manera restringida, el tribunal puede *intercambiar medios de prueba*. El tribunal no está obligado a designar al perito mencionado en el requerimiento de prueba, sino que puede convocar a otro; ello surge de la posibilidad de intercambiar peritos y de la facultad que tiene el tribunal de designarlos. En el caso de la prueba de la inspección ocular, el tribunal también puede resolver según su discreción. En el caso de la prueba testimonial, está excluido el intercambio cuando el testigo debe informar sobre experiencias propias. Ello sería posible, si el testigo debiera brindar una información que no depende de sus propias percepciones y capacidades. También puede pensarse la posibilidad de que, en lugar del documento, cuya lectura se requirió, se lea otro. En estos casos, la jurisprudencia ha aceptado que el tribunal puede utilizar un medio de prueba mejor o de igual valor.[839]

(17) Para el rechazo de los requerimientos de prueba rige, en principio (pero con excepciones), la *prohibición de anticipación probatoria*. La valoración de la prueba no debe anticiparse (cf. *infra* § 29 nm. 4). Ello que vale tanto para los medios de prueba como para los hechos por probar. Por lo tanto, el tribunal no debe presuponer de antemano que el hecho por probar no podrá ser probado, o que ya ha sido refutado, así como tampoco debe admitir que el medio de prueba no conducirá al resultado deseado.[840]

2. Las causales de rechazo, § 244, inc. 3.º

(18) *a*) Si la producción de la prueba es «inadmisible» (1.ª oración), el requerimiento debe ser rechazado. La producción de la prueba es *inadmisible* si se pretende realizar con medios no previstos en la StPO o sobre temas probatorios que no se ajustan al ordenamiento procesal.

> **Ejemplos:** El juramento del acusado, la prueba sobre la jurisprudencia de otro tribunal referida a la medición de la pena,[841] la declaración testimonial del juez sobre sucesos ocurridos en el juicio oral que se encuentra en trámite (cf. *supra* § 21 nm. 21), la producción de prueba sobre lo que dijo un testigo o sobre cómo debe interpretárselo,[842] la producción de prueba sobre la imputabilidad cuando se debate sobre la cuestión de la pena, cuando ello tiene lugar tras un fallo de culpabilidad firme (cf. *infra* § 34 nm. 21).[843]

En los otros casos del § 244, inc. 3.º, el requerimiento de prueba puede ser rechazado.

---

838. Ponderado por el BGH, *NStZ* (1986), 371 para el caso de un abuso manifiesto del derecho a requerir.
839. *BGHSt* 22, 347; BGH, *NStZ* (2008), 529. Mediante el intercambio se «cumple» con el requerimiento de prueba, sin que sea necesario un auto.
840. BGH, *NStZ* (1983), 468; *StV* (1993), 621.
841. *BGHSt* 25, 207.
842. Esto se determina en la sentencia; BGH, *NStZ* (2004), 631, jurisprudencia constante.
843. *BGHSt* 44, 119.

(19) *b*) La *notoriedad* del hecho a probar o su opuesto no pertenece, en verdad, a esta regla, pues si un hecho es notorio, el requerimiento de prueba resulta superfluo (cf. *supra* § 23 nm. 11).

(20) *c*) El hecho a probar solo *carece de importancia para la decisión* cuando no resulta pertinente para influir de algún modo en ella, ya sea por razones jurídicas o fácticas.

El hecho a probar carece de importancia por razones jurídicas, cuando la condena es imposible en virtud de otros motivos que ya fueron acreditados.

> **Ejemplo:** El tribunal no considera el hecho acusado como tentativa, sino como un acto preparatorio. Un requerimiento de prueba sobre el desistimiento voluntario de la tentativa carece de relevancia.

Los hechos por probar carecen de importancia por razones fácticas[844] cuando:

- entre ellos y el hecho reprochado no existe una conexión,
- ellos tienen por objeto la prueba de indicios, de los cuales el tribunal podría extraer una conclusión, pero este por distintas razones se abstiene de hacerlo.[845]

> **Ejemplo:** En un proceso por homicidio contra un antiguo oficial de la Gestapo, se solicita el interrogatorio de testigos para probar el hecho de que, desde la cárcel, en donde la Gestapo realizó interrogatorios y torturó, en una oportunidad se transportó un cadáver. El tribunal rechaza el requerimiento de prueba con el argumento de que, si estas circunstancias fueran probadas, nada podría concluirse con respecto al hecho y la culpabilidad del acusado.[846]

Cuando el tribunal funda su rechazo en circunstancias fácticas, debe comunicarlas para que el solicitante pueda adaptarse a la situación procesal.[847]

(21) *d*) Un hecho (favorable o desfavorable para el acusado) *ya está probado* cuando en virtud de los resultados probatorios obtenidos hasta ese momento, el tribunal ya se ha formado una convicción firme sobre ese hecho. Por lo tanto, aquí ya se permite la valoración anticipada de la prueba. Ella, sin embargo, se encuentra prohibida en otros casos: el tribunal no puede rechazar el requerimiento de prueba con el argumento de que ya se habría probado lo contrario (si bien ello está permitido en el caso de la prueba de peritos, § 244, inc. 4.º, 2.ª oración, pero no en otros casos).

---

844. Cf. BGH, *NStZ* (2019), 295, 296 («Un hecho circunstancial o subsidiario demostrado es irrelevante por razones fácticas para la decisión sobre los hechos si no tiene conexión con la sentencia o si, a pesar de tal conexión, no tuviera influencia en la convicción judicial de los hechos relevantes para la decisión, incluso si fuera confirmado, porque solo permite llegar a una posible conclusión sobre la existencia o ausencia de un hecho principal o el valor probatorio de otro medio de prueba y el tribunal está convencido de que esta conclusión no se justificaría en la valoración de la situación probatoria en su conjunto.») con comentarios de Ventzke.

845. BGH, *NJW* (1988), 501; *NStZ* (1982), 126; (1988), 211; *StV* (1992), 259; *StV* (1994), 62.

846. BGH, *NStZ* (1985), 516.

847. BGH, *StV* (1990), 246; (1993), 3.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Ejemplo: El acusado presentó su declaración tributaria. El requerimiento que tiene por objeto escuchar al asesor tributario sobre el monto de los ingresos, fue rechazado.

(22) *e*) Un medio de prueba es *totalmente inadecuado* solo cuando, sin consideración al desarrollo actual de la recepción de la prueba, se establece de acuerdo con una segura experiencia de vida, que del medio propuesto no puede obtenerse el resultado pretendido, de tal forma que la producción de esta prueba se reduciría a una pura formalidad.[848]

Ejemplo: Para probar el hecho de que el accidente ferroviario se debió a una fatalidad del destino y no a un error del acusado, se nombra a un vidente que habría vaticinado el siniestro.[849]

No obstante, si el medio de prueba tiene poco o dudoso valor, debe ser utilizado. De otro modo, se realizaría una valoración anticipada de la prueba, lo que es inadmisible.[850]

Ejemplo: La testigo, quien a la vez sería la víctima de la violación imputada, declaró que el acusado puso el asiento del acompañante en posición horizontal. El acusado señaló que, desde un accidente ocurrido mucho tiempo antes del hecho imputado, ello ya no era posible, y para probarlo, solicitó el dictamen de un perito.[851]

Aquí, el perito no es un medio de prueba totalmente inadecuado, porque posiblemente, del estado actual del asiento, él pueda extraer conclusiones sobre el momento del hecho.

(23) *f*) Los medios de prueba son *inasequibles* cuando los esfuerzos razonables del tribunal para obtenerlos resultan infructuosos y no es posible conseguirlos en un tiempo previsible. Para evaluar la razonabilidad debe ponderarse la entidad del caso y del medio de prueba con el interés por un desarrollo rápido del proceso.[852]

Ejemplos: Un testigo, que durante el fin de semana no pudo ser localizado por la policía o con respecto al cual los vecinos dicen que su domicilio es desconocido, no resulta inasequible.[853] Los testigos que se encuentran en el extranjero, en principio, son asequibles (sobre las protecciones, cf. art. 12 EuRHÜbK[854]; cf., sin embargo, véase también, el § 244, inc. 5.º, 2.ª oración). Una videoconferencia de conformidad con el § 247a también lo hace asequible.[855] Sin embargo, el interrogatorio audiovisual del testigo que se encuentra en el extranjero y que de otro modo sería inasequible puede ser un medio de prueba «totalmente inadecuado», cuando se trata de evaluar la impresión personal ante el tribunal.[856] Las personas de confianza de la policía son inasequibles cuando los servicios públicos

---

848. BGH, *NStZ* (1993), 295; (2008), 116; (2009), 49.
849. Sobre la parapsicología, cf. BGH, *NJW* (1978), 1207.
850. BGH, *NStZ-RR* (1997), 304.
851. BGH, *NStZ* (1995), 97.
852. *BGHSt* 19, 390; BGH, *NStZ* (1987), 218; *BGHSt* 32, 68, 73.
853. BGH, *StV* (1984), 5.
854. La constelación no está contemplada en las normas de la Orden Europea de Investigación, por lo que según el § 91 inc. 2.º IRG, debe recurrirse al EuRHÜbK (cf. Ambos/Rackow/König/Wörner, § 91 nm. 523).
855. *BGHSt* 45, 188.
856. BGH, *NStZ* (2004), 347.

pertinentes no hacen públicos sus nombres y direcciones.[857] En el caso de los testigos que hicieron uso de su derecho de abstenerse de prestar testimonio, se discute si son inasequibles, totalmente inadecuados o si la producción de esa prueba resulta inadmisible.[858]

(24) *g*) La *presunción de verdad* autoriza el rechazo de una solicitud probatoria cuando una afirmación relevante como prueba de descargo no se encuentra acreditada, pero probablemente tampoco pueda ser refutada mediante la producción de otras pruebas. La presunción de verdad, por lo tanto, solo es admisible cuando el tribunal cumplió con su deber de esclarecimiento. Entonces puede (excepcionalmente) adelantar la valoración de la prueba y considerar un hecho como verdadero.

El hecho por probar debe ser relevante. En consecuencia, los casos de insignificancia y presunción de verdad quedan excluidos como causales de rechazo.

(25) La presunción de verdad se refiere al hecho por probar mismo.[859] No debe reducir la afirmación probatoria.

Ejemplo: La afirmación de que la víctima dijo textualmente al testigo que su padre le habría puesto «las manos encima» no debe convertirse, a través de la presunción de verdad, en la afirmación de que ella habría narrado una agresión sexual.[860]

El tribunal debe ocuparse del hecho que se supone verdadero en los fundamentos de la sentencia.[861] En todo caso, las constataciones hechas en la sentencia y las explicaciones sobre la valoración de la prueba no deben contradecir la presunción de verdad.[862] Solo los hechos desincriminantes pueden suponerse verdaderos. Pueden ser hechos que resultan directamente relevantes para la prueba, pero también indicios. La afirmación de que el tribunal extrae las conclusiones más favorables para el solicitante de los indicios que se suponen verdaderos no se vincula con la aquí estudiada presunción de verdad. Únicamente están prohibidas las conclusiones en contra del acusado.[863] Por lo demás, los indicios que se suponen verdaderos deben ser tratados en el marco de la valoración de la prueba como cualquier otro hecho.[864]

3. El rechazo de conformidad con el § 244, inc. 4.º (peritos)

En primer lugar, el requerimiento de prueba para recurrir a un perito puede ser rechazado por las razones enumeradas en el inc. 3.º.

(26) Además, el tribunal puede rechazarlo en virtud de conocimientos especiales propios (1.ª oración).

857. *BGHSt* 32, 125.
858. Cf. Meyer-Goßner/Schmitt, § 244 nm. 59 ss., 66.
859. Cf. BGH, *NStZ* (1989), 129, con comentario de Volk.
860. BGH, *NStZ-RR* (2005), 78.
861. Herdegen, *NStZ* (1984), 342, en contra de la jurisprudencia del BGH, cf., por ejemplo, *BGHSt* 28, 310.
862. *BGHSt* 32, 44 47.
863. *BGHSt* 1, 137; BGH, *NStZ* (2007), 717.
864. BGH, *NStZ* (1982), 213; 1985, 206.

Ejemplo: Para juzgar la credibilidad de una declaración (habitualmente llamada «credibilidad de un testigo» según el uso erróneo del lenguaje).[865] Sin embargo, ello no opera cuando existen circunstancias especiales.[866] En tal caso el tribunal oye a un testigo y a través de ello se vuelve competente para la ponderación.[867]

(27) La solicitud de escuchar a «otro perito» también puede ser rechazada con el argumento de que, a través de un dictamen pericial realizado, ya se habría comprobado lo contrario al hecho que se afirma (2.ª oración). Aquí se admite expresamente la valoración anticipada de la prueba. Sin embargo, debe basarse solo en el dictamen previo referido al mismo tema probatorio, y no en una valoración general de todas las circunstancias.

Ejemplo: La cuestión probatoria es determinar si la sangre hallada en la camiseta del acusado pertenece a la víctima. Un perito hematólogo, experto en grupos sanguíneos, excluyó esta posibilidad. El requerimiento para comprobar lo contrario, mediante un perito experto en ADN, ha sido correctamente rechazado.[868]

(28) Esta causal de rechazo no se aplica (2.ª oración) cuando:

– los conocimientos especiales del primer perito son dudosos,
– el primer dictamen parte de presupuestos fácticos incorrectos,
– el dictamen presentado en forma oral contiene contradicciones[869] o resulta incompatible en puntos decisivos con el que se realizó en forma escrita,[870]
– los peritos adicionales tienen a su disposición instrumentos de investigación superiores, esto es, mejores aparatos o métodos. Una larga experiencia profesional y una gran reputación (etc.) no son «instrumentos de investigación».[871]

4. Inspección ocular, testigos que se encuentran en el extranjero y lectura de documentos originales, § 244, inc. 5.º

(29) *a*) En el caso de requerimientos de prueba que tienen por objeto la realización de una inspección ocular (1.ª oración), el tribunal solo debe comprobar si el deber de esclarecimiento le impone cumplir con la medida.[872] Si las circunstancias no exigen que se realice una inspección ocular, el tribunal puede rechazar el requerimiento y emplear otro medio de prueba (p. ej., testigos o fotos en vez de una inspección del lugar del hecho; cf. *supra* § 21 nm. 35). El tribunal pondera qué resultados han de esperarse de la recepción de la prueba y cómo habrán de valorarse. Por lo tanto, puede anticipar la valoración probatoria.

865. Jurisprudencia constante, cf. *BGHSt* 8, 130; BGH, *NStZ* (1987), 182; BGH, *NStZ* (2005), 394.
866. *BGHSt* 1991, 405: el testigo es dependiente de los medicamentos.
867. BGH, *NStZ* (1985), 421.
868. Cf. *BGHSt* 39, 49.
869. *BGHSt* 23, 176, 185.
870. BGH, *NStZ* (1991), 448.
871. *BGHSt* 34, 355, 358; 44, 26.
872. BGH, *NStZ* (1988), 88.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

(30) *b*) Las mismas reglas rigen para los requerimientos de prueba que tienen por objeto el interrogatorio de testigos cuya citación debe realizarse en el extranjero (2.ª oración).[873] La cuestión de si estos testigos son inasequibles (§ 244, inc. 3.º, 2.ª oración) se presenta recién cuando su interrogatorio resulta necesario. Esto se mide (como *supra* nm. 29) de conformidad con el deber de esclarecimiento del tribunal. De acuerdo con el principio de proporcionalidad se debe ponderar, por un lado, la entidad de la causa, así como el valor y la importancia del medio de prueba, teniendo en cuenta la prueba recibida hasta ese momento, y, por otro, el gasto que ocasionaría el interrogatorio y la dilación que implicaría para el proceso.[874]

> **Ejemplo:** El testigo K declaró que el 22 de marzo había encontrado al acusado en la calle, sobre la calle L con dirección a la calle W y que junto con él había acordado la compra y entrega de drogas. El acusado presenta la cuenta de un hotel de España y para probar que desde el 12 al 22 de marzo se alojó en dicho lugar, requiere que se interrogue a la testigo M, recepcionista del hotel que confeccionó la factura. El tribunal rechaza el requerimiento con el argumento de que cree en lo que dijo el testigo K.[875]

La decisión del tribunal es equivocada. No había razones concretas para suponer que la declaración de la testigo M en ningún caso podía llegar a desvirtuar los dichos del testigo K. Si bien puede anticiparse la valoración de la prueba,[876] ello debe ser plausible y hacerse de manera cuidadosa.

(31) *c*) Por último, en virtud del § 244 inc. 5.º, 3.ª oración, introducido el 1.º de enero de 2018,[877] se puede rechazar un requerimiento de prueba para la lectura de un documento original por el motivo de que «según el adecuado criterio del tribunal, no hay razón para dudar de la concordancia de su contenido con el documento transmitido». Aquí se permite la anticipación de la prueba.[878]

5. Medios de prueba presentes, § 245

(32) Aquí debe distinguirse si se trata de un medio de prueba personal o material; además, depende de quién procuró su presencia.

a) Los testigos y peritos citados por el tribunal, que han comparecido, deben ser interrogados (inc. 1.º, 1.ª oración) porque puede ocurrir que los intervinientes en el proceso confíen en el emplazamiento judicial y, por lo tanto, omitan presentar requerimientos de prueba o citaciones (§ 220).

b) De conformidad con el texto de la disposición (inc. 1.º, 1.ª oración), la recepción de la prueba debe extenderse a todos los medios de prueba aportados por el tribunal y la fiscalía, esto es, documentos y objetos de la inspección ocular. Entre ellos, se cuentan todas las piezas probatorias que se encuentran en las actuaciones (§ 199,

873. Más detalladamente, *Gerst*, *StV* (2018), 755.
874. BGH, *NStZ* (2002), 653; *NStZ* (2007), 349.
875. *BGHSt* 40, 60.
876. Cf. también BGH, *NStZ* (2005), 701 (caso Mzoudi).
877. *BGBl. I* (2017), 2208 (Ley de introducción del expediente electrónico en la judicatura y de fomento de la comunicación jurídica electrónica).
878. Beulke/Sowada, nm. 449, con más referencias.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

inc. 2.º, 2.ª oración; no solo los que han sido aportados, § 214, inc. 4.º), las cuales, no obstante, recién estarán «presentes», en el sentido de la disposición, cuando el tribunal indique que con ellas debe producirse prueba.[879]

(33) *c*) Las personas citadas por la fiscalía (§ 214, inc. 3.º) o por otros intervinientes en el proceso (§ 220), que han comparecido, se consideran un medio de prueba presente en el sentido del inc. 2.º, 1.ª oración. Su interrogatorio presupone un requerimiento. En comparación con el § 244, inc. 3.º-5.º, este requerimiento solo puede ser rechazado bajo condiciones estrictas. El rechazo basado en la imposibilidad de localizarlo, naturalmente, fracasa. La presunción de verdad es inadmisible. La «falta de relevancia» (§ 244, inc. 3.º) está limitada a la falta de conexión entre el hecho a probar y el hecho reprochado. En el caso de peritos presentes, el tribunal no debe basarse en sus propios conocimientos especiales y, en el caso de otros peritos, no debe tener por acreditado lo contrario al hecho afirmado (§ 244, inc. 4.º, 2.ª oración).

Estas reglas no rigen para las personas que, como medios de prueba personal, solo fueron llevadas ante el tribunal (comparecientes), pero no han sido citadas.

(34) *d*) Los medios de prueba materiales que se encuentran presentes (objetos de la inspección ocular) deben ser utilizados; no se aplica el § 244, inc. 5.º, 1.ª oración.

6. El auto que rechaza el requerimiento, § 244, inc. 6.º

(35) Los requerimientos de investigación de prueba y las propuestas de prueba son rechazados por el presidente[880] cuando el deber de esclarecimiento no exige recurrir a ellos. Solo los requerimientos de prueba deben ser rechazados mediante un auto del tribunal. En sus fundamentos (§ 34) el tribunal describe qué razones, jurídicas y/o fácticas, fueron decisivas para su decisión, a fin de que el solicitante pueda adaptarse a la situación procesal. Esta resolución no puede ser impugnada en forma aislada (§§ 305, 1.ª oración; 336, 1.ª oración).

(36) Sobre los requerimientos de prueba eventuales y auxiliares (cf. *supra* nm. 9, 10), el tribunal decide recién en la sentencia. La opinión dominante fundamenta esta afirmación con el argumento de que el solicitante, mediante esa forma de plantear su petición, estaría renunciando a una decisión inmediata, y reconocería que «lanzó todas las flechas».[881] Si, en cambio, el tribunal quiere rechazar un requerimiento de prueba eventual o auxiliar con base en que se trataría de una dilación procesal, debe señalar ese argumento ya en el juicio oral, para que el solicitante tenga la oportunidad de contradecir los reproches formulados.[882]

(37) Como ya se ha mencionado, los requerimientos de prueba, que son aplazados en el sentido del § 244 inc. 6.º, 3.ª oración (cf. *supra* nm. 11), pueden decidirse en la sentencia. Además, la nueva versión del § 244 inc. 6.º, 2.ª oración[883] abre la posibilidad de renunciar a una resolución formal, «si la solicitud probatoria requerida

---

879. *BGHSt* 37, 168.
880. BGH, *NStZ* (1982), 296; en todo caso, previamente, § 238, inc. 1.º.
881. *BGHSt* 32, 10, 13.
882. BGH, *NStZ* (1998), 207; *StV* (1990), 394; *BVerfG*, *NStZ* (2010), 155.
883. *BGBl. I* (2019), 2121 (Ley sobre la modernización del proceso penal del 10.12.2019).

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

no puede aportar nada relevante a favor del requirente, este es consciente de ello y tiene la intención de demorar el procedimiento». El cumplimiento de los requisitos subjetivos del § 244 inc. 6.º, 2.ª oración se determinará en el marco de una valoración total, en particular del curso del proceso y el comportamiento procesal del requirente.[884] A continuación, el juez presidente adopta la decisión en el ámbito de su competencia para dirigir las actuaciones (§ 238 inc. 1º).[885] En el caso de una reclamación a esta decisión (§ 238 inc. 2.º), según la intención expresa del legislador, solo debería ser posible examinar en la casación «si se ha excedido el margen de apreciación».[886]

Casos y preguntas

174. ¿En qué se diferencian el requerimiento de prueba, el requerimiento de investigación de prueba y la propuesta de prueba?
175. ¿Qué consecuencias puede acarrear el rechazo por parte del tribunal de un requerimiento de investigación de prueba?
176. ¿Qué sistemática prevé la StPO para el rechazo de requerimientos de prueba?
177. ¿Cuándo se trata de un medio de prueba presente y cuándo de uno no presente? ¿En qué medida existe una diferencia fundamental entre las respectivas posibilidades de rechazo?
178. A niega con vehemencia haber extorsionado a varias empresas de productos alimenticios. Como a su respecto la situación probatoria empeora cada vez más, requiere, para comprobar que sus afirmaciones son correctas, que se le practique un examen con un «detector de mentiras». ¿Puede rechazarse este requerimiento de prueba?

Comentarios desde la perspectiva española

En el art. 24.2 CE se reconoce el derecho de todos los ciudadanos a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa. En este sentido, las partes propondrán, en sus escritos de calificaciones provisionales o en los escritos de acusación o defensa, las pruebas de las que quieran valerse, presentando las listas de peritos y testigos que hayan de declarar a su instancia, e indicando si las citaciones habrán de realizarse por medio de la oficina judicial o la parte se encargará de hacerlos concurrir (art. 656 y 781.1.II Lecrim).

884. Cf. Meyer-Goßner/Schmitt, § 244 nm. 93e.
885. Meyer-Goßner/Schmitt, § 244 nm. 93 s.
886. *BT-Drs.* 532/19, 35; cf. al respecto Claus, *NStZ* (2020), 58, 60. Opinión crítica y diferente Schork, *NJW* (2020), 1, 4 con el argumento de que el § 238 inc. 2.º debe sustituir una petición de revisión sobre el asunto. Muy crítico con respecto a todo, Meyer-Goßner/Schmitt, § 244 nm. 93g («Peligro […] de un vaciamiento del derecho a requerir pruebas»).

Es interesante señalar que en el proceso penal no existe la necesidad de pedir el recibimiento a prueba, ya que en este proceso se consideran los hechos controvertidos, por no tener eficacia en sí mismo el reconocimiento de los mismos, con excepción del supuesto contemplado en el art. 779.1.5.ª Lecrim realizado en la instrucción (así el art. 699 Lecrim establece que «de igual modo se procederá si en el sumario no hubiese sido posible hacer constar la existencia del cuerpo del delito cuando, de haberse éste cometido no pueda menos de existir aquél, aunque hayan prestado su conformidad el procesado o procesados y sus defensores»).

La regla general que hemos apuntado, cuenta con algunas salvedades en los siguientes supuestos:[887]

- Es posible la alteración del plazo preclusivo para proponer la prueba en la práctica de los careos, en las pruebas de oficio e incluso en la admisión de pruebas en el juicio oral ofrecidas por las partes, cuando el juzgador las considere admisibles y siempre que puedan servir a los efectos de acreditar alguna circunstancia influyente en el valor probatorio de la declaración de un testigo (art. 729 Lecrim).
- Cuando aparezcan hechos nuevos o nuevos elementos de prueba que requieren la suspensión de la vista y la apertura de una sumaria instrucción complementaria (art. 746.6 Lecrim).
- El art. 730 Lecrim permite la petición en la vista de la lectura de la documentación de las diligencias de investigación. Este precepto está previsto en aquellos casos en los que, por causas independientes de la voluntad de las partes no puedan ser reproducidas en el juicio oral, las diligencias practicadas en el sumario. En esta misma línea, se permite que, a instancia de cualquiera de las partes, se pueda reproducir la grabación audiovisual de la declaración de la víctima o testigo practicada como prueba preconstituida durante la fase de instrucción conforme a lo dispuesto en el art. 449 bis Lecrim.
- En el procedimiento abreviado es posible, al inicio de la vista, solicitar la práctica de cualquier medio de prueba que se proponga para practicarse en el acto (art. 786.2 Lecrim). Además, se permite solicitar nueva prueba por la defensa en los supuestos de cambio de tipificación penal de los hechos o apreciación de mayor grado de participación o ejecución de circunstancias de agravación de la pena, en las conclusiones definitivas (art. 788.4 Lecrim).

887. Gómez Colomer y Barona Vilar (2021b, 441).

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Capítulo 26. La oralidad de la recepción de la prueba

(1) El principio de oralidad (cf. *supra* § 18 nm. 25), que rige en el juicio oral, indica con respecto a la recepción de la prueba que todas las circunstancias importantes para la cuestión de la culpabilidad y la cuestión de la pena deben ser debatidas. Solo lo que allí se discutió pertenece a la «esencia del juicio» (§ 261). Por ello, el § 261 es la ley que resulta violada (§ 337), cuando se infringe el principio de oralidad.

> **Ejemplo:** Para valorar la declaración de un testigo, el tribunal recurrió al comportamiento de dos oyentes, que «evidentemente eran amigas de aquel», sin abordarlo en el juicio oral. Esto no es correcto. El tribunal valoró sus conocimientos «sin introducir en el juicio oral los resultados observados y sin brindar a los intervinientes en el proceso la oportunidad de manifestar su opinión».[888]

Los jueces profesionales han leído las actuaciones; tampoco pueden utilizar este conocimiento en forma tácita.

I. LECTURA DE DOCUMENTOS

(2) Los documentos deben ser leídos (§ 249).

> **Ejemplo:** El tribunal basó su convicción en la totalidad del texto de unas cartas, que en el juicio oral solo fueron leídas parcialmente.[889]

Esta regla se quebranta mediante el procedimiento de incorporación sin lectura pública en el juicio oral (cf. *supra* § 21 nm. 39). Con ello, se rompe con el principio de oralidad.

---

888. BGH, *NStZ* (1995), 609.
889. BGH, *NStZ* (2004), 279; violación al § 261.

ISBN: 978-84-18432-78-1 Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

II. LA INTERPELACIÓN LIBRE DE FORMALIDADES

(3) El juez (profesional) que en el interrogatorio de un testigo o un perito advierte que sus declaraciones no coinciden con el contenido de las actas, no debe utilizar ese conocimiento de manera subrepticia. El contenido de las actas debe ser presentado y confrontado con el medio de prueba personal. Esto puede suceder, si el juez *lee* el instrumento correspondiente (prueba documental), pero también si lo cita a los fines de una interpelación o lo *lee* completamente.

A diferencia de la prueba documental, esta interpelación es

– libre de formalidades, ya que no debe protocolizarse (§ 273, inc. 1.º, ampliado al «fundamento» de la lectura en el § 255),
– solo un medio para realizar el interrogatorio en el caso de los medios de prueba personales.

(4) Con la lectura de un documento se alcanza el fin de la prueba, establecer el contenido del instrumento; con la interpelación basada en el documento, se persigue como finalidad probatoria que el testigo o el perito hagan o precisen una declaración.[890]

> **Ejemplo:** El testigo no puede recordar una determinada circunstancia. El juez: «En su interrogatorio policial, Ud. brindó información al respecto. Lo interpelo con respecto a lo que Ud. dijo entonces». Luego, lee el acta del interrogatorio policial. «¿Ahora recuerda?».

Solo puede valorarse lo que el testigo dice en este momento (y no lo que se ha leído). Si se mantiene en su posición de que ya no recuerda (o no puede precisar) lo que dijo, las posibilidades de la prueba personal se encuentran agotadas. El contenido de las actas no debe valorarse, porque no fue introducida al proceso como prueba documental (lo que sin embargo puede suceder, cf. *infra* § 27 nm. 16). La literatura critica esta diferenciación, que parece un sofisma, y exige que toda utilización de los documentos esté sujeto a las reglas de los §§ 251 y ss.[891] Sin embargo, esta posición fracasa frente a las necesidades pragmáticas de la realidad procesal cotidiana.

III. INTERROGATORIO AUDIOVISUAL

(5) El interrogatorio a un testigo y un perito pueden realizarse *face to face* (cara a cara) en el mismo recinto, pero también a través de una conexión *live* (en vivo) con otro lugar (videoconferencia). Esta clase de interrogatorio (§§ 58b, 247a) debió ser regulada al igual que las preguntas de la grabación simultánea (§ 58a) y la repetición desfasada (§ 255a). Como lo muestran los conceptos

---

890. *BGHSt* 14, 307; 34, 231, 235.
891. Cf. Eisenberg, nm. 868 ss.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

ingleses, los interrogatorios audiovisuales no afectan en esencia ni al principio alemán tradicional de la oralidad (todo se debate; la única diferencia es que no se realiza mediante la confrontación personal con todos los intervinientes en el proceso), ni a la inmediación (*live* significa 'en directo', es decir, no se refiere a material grabado). Se trata de un «interrogatorio de confrontación audiovisual», porque tiene lugar una «confrontación directa de los intervinientes en el proceso –aun cuando sea mediatizada– con el testigo que se ha de interrogar».[892] Solamente, si posteriormente se reproduce la filmación, aparecen los problemas clásicos (que serán tratados *infra* § 27, previo a los nm. 3 ss.).

1. La grabación simultánea, § 58a

(6) En el inc. 1.º, 1.ª oración, la disposición no contiene un presupuesto especial para la grabación. Del § 247a se sigue que ella no se aplica en el juicio oral. Por lo tanto, en el procedimiento de investigación pueden grabarse sin más todos los interrogatorios de testigos (realizados por la policía, la fiscalía o el juez de investigación). Ello debería ocurrir en los supuestos de la 2.ª oración, esto es, cuando se trata de testigos que necesitan una protección especial (núm. 1) o se pretende asegurar la prueba ante la amenaza de su pérdida (núm. 2). El interrogatorio es llevado a cabo por el juez de investigación.

De manera restrictiva, se deduce del § 52 que una grabación puede realizarse recién después de que tenga lugar la instrucción correspondiente.

> **Ejemplo:**[893] El testigo-víctima, pariente del acusado, aclara ante la cámara que se abstiene de prestar testimonio; en su cara se observan los resultados del hecho. A pesar de que se negó a declarar, ello puede ser valorado como prueba de la inspección ocular.

2. El videointerrogatorio simultáneo a través del juez de investigación, § 168e, §§ 58b, 168e

(7) Fuera del juicio oral, el interrogatorio con transmisión de audio y video puede considerarse en dos grupos de casos: Si un testigo no puede ser protegido de otra manera, en casos excepcionales, el juez de investigación se sienta con él a solas en un recinto y permite que el interrogatorio sea transmitido «con imagen y sonidos simultáneos» (2.ª oración) a quienes se encuentran autorizados a presenciar el acto (1.ª oración). Estos últimos plantean sus preguntas mediante un altoparlante o a través del juez (con un auricular, 4.ª oración en relación con el § 241a). De esta forma, los testigos pueden ser protegidos de la confrontación con el imputado, quien además, de conformidad con el § 168c, incluso puede ser excluido de participar en la transmisión. Sumado a ello, para

892. *BGHSt* 45, 188.
893. Cf. KK/Senge, § 58a nm. 8.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

el vídeo interrogatorio también rige el inc. 5.º del § 168c. Su grabación siempre es admisible (4.ª oración en relación con el § 58a) y razonable. Además, siempre es posible (fuera del juicio oral), de conformidad con el § 58b, interrogar a un testigo de manera que este y quien realiza el interrogatorio se encuentren en lugares diferentes cuando se utiliza una transmisión de audio y video. Esto puede ser apropiado, por ejemplo, si no se puede esperar razonablemente que el testigo comparezca debido a una gran distancia.[894]

3. El interrogatorio por video y su grabación en el juicio oral, § 247a

Pueden ser ordenados en virtud de dos razones muy diferentes.

(8) *a*) Si sirven para la protección del testigo (inc. 1º, 1ª oración, 1ª alternativa), tras la supresión de la cláusula de subsidiariedad por la 1.ª Ley de Reforma de los Derechos de las Víctimas (OpferRRG)[895] los requisitos son menos estrictos que en el § 168e. La medida puede ser ordenada si existe un riesgo de daño grave para el bienestar del testigo si es interrogado presencialmente en el juicio oral. El alejamiento del acusado es una medida de igual rango, que es preferible, por ejemplo, si una víctima de grabaciones pornográficas tiene miedo a las cámaras.[896]

(9) *b*) Si se trata solo de organizar el proceso de manera económica y rápida (inc. 1.º, 1.ª oración, 2.ª alternativa); se puede proceder de acuerdo con los supuestos del § 251 inc. 2.º (con más detalle *infra* § 27 nm. 4), en la medida en que el interrogatorio por video sea «necesario para la averiguación de la verdad». Esta redacción solo debe excluir los casos, en los que pueda ser leída un acta judicial del interrogatorio previo, que resulte inobjetable, y en los que ello sea suficiente para esclarecer el hecho.[897] Sin embargo, en esta ponderación deben incluirse, además del texto de la ley, los intereses de la defensa. La grabación de esta videoconferencia no resulta tan sencilla como en el procedimiento preliminar (§ 58a); aquí se exige el pronóstico (§ 247a, 4.ª oración) de que el testigo no podrá (tampoco) ser oído en el procedimiento posterior. Los casos del interrogatorio de peritos de acuerdo con el inc. 2.º, están relacionados con el inc. 1.º, 1.ª oración, 2.ª alternativa.[898]

4. Valoración de las grabaciones

(10) La valoración de las grabaciones se produce mediante la inspección ocular (reproducción de la grabación), bajo las condiciones que rigen para la prueba documental mediante actas; más detalles, *infra* § 27 nm. 25 s.

---

894. Meyer-Goßner/Schmitt, § 58b nm. 1.
895. Cf. Meyer-Goßner/Schmitt, § 247a nm. 4.
896. *Idem*.
897. *BGHSt* 46, 73.
898. Cf. Meyer-Goßner/Schmitt, § 247a nm. 15.

Casos y preguntas

179. ¿En qué norma puede basarse una transgresión al principio de oralidad (p. ej., en el recurso de casación)?
180. ¿Qué se entiende por interpelación libre de formalidades? En este caso, ¿qué puede valorarse exactamente?
181. La StPO en varios lugares prevé reglas sobre distintas clases de interrogatorios audiovisuales. ¿Cuáles son? ¿Cómo se valoran esas grabaciones?

Comentarios desde la perspectiva española

I. LA ORALIDAD COMO EXIGENCIA CONSTITUCIONAL

El art. 120.2 CE proclama que «el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal». En este sentido, se entiende que en el orden jurisdiccional penal debe regir como regla general la oralidad, acompañada de la publicidad de las actuaciones (art. 232.1 LOPJ). Tan solo excepcionalmente se podrá celebrar el juicio a puerta cerrada (art. 232.3 LOPJ).

II. LA ORALIDAD COMO REGLA GENERAL Y EXCEPCIONES

Esta oralidad está presente de forma igualmente genérica en los medios de prueba. En la prueba testifical es conveniente recordar que el juez permitirá al testigo narrar sin interrupción los hechos sobre los cuales declare y solamente le exigirá las explicaciones complementarias que sean conducentes a desvanecer los conceptos oscuros o contradictorios. Después le dirigirá las preguntas que estime oportunas para el esclarecimiento de los hechos (art. 436 Lecrim). Los testigos declararán oralmente sin que se les permita leer la declaración ni respuesta alguna que lleven escrita. No obstante, sí que podrán consultar algún apunte o memoria que contenga datos difíciles de recordar (art. 437 Lecrim).

Así pues, en cuanto a la prueba testifical, debemos diferenciar dos aspectos relacionados con este principio. Por un lado, hay supuestos en los que se produce una exención a la obligación de declarar para «el Rey, la Reina, sus respectivos consortes, el Príncipe heredero y los Regentes del Reino». Asimismo, estarán «exentos del deber de declarar los Agentes Diplomáticos acreditados en España, en todo caso, y el personal administrativo, técnico o de servicio de las misiones diplomáticas, así como sus familiares, si concurren en ellos los requisitos exigidos en los tratados» (art. 411 Lecrim). Por otro lado, no estarán obligados a comparecer, pero sí a declarar, «pudiendo informar *por escrito* sobre los hechos de que tengan conocimiento por razón de su cargo: 1.º El Presidente y los demás

miembros del Gobierno. 2.º Los Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado. 3.º El Presidente del Tribunal Constitucional. 4.º El Presidente del Consejo General del Poder Judicial. 5.º El Fiscal General del Estado. 6.º Los Presidentes de las Comunidades Autónomas» (art. 412.2 Lecrim). Naturalmente esto supone una excepción al principio general de la oralidad en la toma de declaración de los testigos.

Finalmente hay que aclarar otro caso particular, donde las personas afectadas, no estarán obligadas a concurrir al llamamiento del juez, pero sí a declarar, implicando la particularidad aquí que pueden declarar en su despacho oficial o en la sede del órgano del que sean miembros, las siguientes personas: «1.º Los Diputados o Senadores; 2.º Los Magistrados del Tribunal Constitucional y los Vocales del Consejo General del Poder Judicial. 3.º Los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo. 4.º El Defensor del Pueblo. 5.º Las Autoridades Judiciales de cualquier orden jurisdiccional de categoría superior a la del que recibiere la declaración. 6.º Los Presidentes de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. 7.º El Presidente y los Consejeros Permanentes del Consejo de Estado. 8.º El Presidente y los Consejeros del Tribunal de Cuentas.9.º Los miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.10. Los Secretarios de Estado, los Subsecretarios y asimilados, los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y en Ceuta y Melilla, los Gobernadores civiles y los Delegados de Hacienda» (art. 412.5 Lecrim).

A tales efectos, las personas mencionadas en los arts. 411.1 y 412.7 Lecrim serán invitadas a prestar su declaración por escrito, que será remitida al Ministerio de Justicia, con comunicación al Ministerio de Asuntos Exteriores, un interrogatorio que comprenda todos los extremos que deban contestar, a fin de que puedan hacerlo por vía diplomática (art. 415 Lecrim).

Es conveniente recordar que el juez permitirá al testigo narrar sin interrupción los hechos sobre los cuales declare y solamente le exigirá las explicaciones complementarias que sean conducentes a desvanecer los conceptos oscuros o contradictorios. Después le dirigirá las preguntas que estime oportunas para el esclarecimiento de los hechos (art. 436 Lecrim). Los testigos declararán oralmente sin que se les permita leer la declaración ni respuesta alguna que lleven escrita. No obstante, sí que podrán consultar algún apunte o memoria que contenga datos difíciles de recordar (art. 437 Lecrim).

Precisamente para garantizar esa oralidad, hay que tener presente dos preceptos esenciales en este contexto. En primer lugar, cuando en el juicio oral se produzcan contradicciones con la declaración de los testigos practicada en la etapa preliminar, podrá pedirse la lectura de esta por cualquiera de las partes (art. 714 Lecrim). En segundo lugar, nos remitimos a la posibilidad contemplada en el art. 730 Lecrim que permite la lectura o reproducción de las diligencias practicadas en el sumario, por causas independientes de la voluntad de aquellas, que no pudieran ser reproducidas en el juicio oral. Se prevé en particular que, a instancia de cualquiera de las partes, se pueda reproducir la grabación audiovisual de la declaración de la víctima o testigo practicada como prueba preconstituida durante la fase de instrucción conforme a lo dispuesto en el artículo 449 bis.

III. VIDEOCONFERENCIA

En el ordenamiento jurídico español penal es posible la utilización de videoconferencia.[899] Esta alternativa, no exenta de críticas en cuanto que puede considerarse afectado el principio de inmediación, está prevista y aceptada en la práctica forense por las ventajas que, desde la economía procesal, presenta.[900]

Así, el artículo 731 bis de la Lecrim estipula que «el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

899. Arts. 123.5, 306, 325, 520 y 731 bis Lecrim.
900. En detalle, pueden consultarse, entre otros, Montesinos García (2009) y Fernández-Fígares Morales (2021).

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Capítulo 27. La inmediación de la recepción de la prueba

I. REGLAS FUNDAMENTALES

(1) Las percepciones de los testigos y peritos deben ser incorporadas en el proceso mediante su interrogatorio (§ 250, 1.ª oración). En lugar de ello, no deben leerse las actas de sus declaraciones anteriores (§ 250, 2.ª oración). Este principio de inmediación (al respecto, de manera general *supra* § 18 nm. 26) prioriza la prueba personal por sobre la prueba material (de otro modo en el procedimiento acelerado, § 420, inc. 1.º y en el procedimiento luego de una objeción contra un mandato penal, § 411, inc. 2.º). Si bien de ello no puede derivarse la regla general de que siempre debe utilizarse el medio probatorio más próximo al hecho,[901] el deber de esclarecimiento impone proceder de tal forma y no quedarse solo con los medios más distantes.[902] El principio de inmediación tiene límites (*infra* nm. 2) y numerosas excepciones (*infra* nm. 3 y ss).

II. LA PRUEBA DOCUMENTAL JUNTO CON LA PRUEBA PERSONAL

> **(2) Caso 1:** M, que tiene 14 años y se encuentra alojada en un hogar, fue violada por el acusado. La directora de esta institución le requirió a la niña que explicara lo ocurrido por escrito. Sin embargo, su narración del suceso durante el juicio fue diferente. El defensor del acusado solicita que se lea la carta requerida por la directora. El tribunal se remite al § 250 y rechaza la solicitud.[903]

El interrogatorio no debe ser *reemplazado* por una lectura, aunque probablemente pueda *complementarlo* (§ 250, 2.ª oración).[904] De las reglas sobre la prueba documental nada puede concluirse acerca de si esta debe producirse. Ello

901. Opinión dominante, LR/Sander/Cirener, § 250 nm. 23.
902. BGH, *NStZ* (2004), 50.
903. *BGHSt* 20, 160.
904. *BGHSt* 20, 160. No están comprendidas las explicaciones escritas del acusado, ellas siempre pueden ser leídas; *BGHSt* 39, 305.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

debe evaluarse en función del deber de esclarecimiento. Tal deber ordena aquí que se lea la carta con la finalidad de aclarar cómo sucedió el hecho y evaluar la credibilidad del testimonio.

> **Caso 2:** M narró el hecho en una carta dirigida a una amiga.

La prohibición del § 250, 2.ª oración se refiere, tal como lo muestra la equiparación con las actas, solo a las declaraciones que fueron realizadas con fines probatorios (como en el caso 1). Por lo tanto, la carta debería leerse con independencia de que se trate de un instrumento que complementa la declaración.[905]

Estas reglas rigen también para la percepción visual complementaria (no sustitutiva) de las grabaciones y filmaciones de la declaración de un testigo. El «vídeo-acta» se equipara al acta escrita[906] (cf. *infra* nm. 25).

III. LECTURA DE LAS ACTAS, §§ 251 SS.

En estos casos excepcionales la prueba personal pierde su preeminencia.

1. Lectura en ausencia, § 251

Cuando por determinadas circunstancias un testigo, perito o coimputado no pueda ser interrogado, o su interrogatorio sea prescindible, en su lugar, debe leerse el acta de su declaración anterior o un documento que contenga una explicación de su declaración.

a) Ámbito de aplicación

(3) La disposición rige para los testigos, peritos y coimputados. La cuestión solo depende de si la persona cuyo interrogatorio se pretende reemplazar se encuentra en dicho momento en uno de los señalados roles procesales.

> **Ejemplo:** En un principio, la policía realizó investigaciones en contra de B y lo interrogó como imputado. Este proceso fue sobreseído, porque desapareció la sospecha, y se dirigió contra A. En el proceso contra el acusado A puede leerse el acta de la declaración que prestó B como imputado, porque ahora sería testigo.[907]

Para la lectura de actas sobre interrogatorios anteriores del (actual) acusado rige la regla especial del § 254 (así como los §§ 231a, inc. 1.º, 2.ª oración; inc. 3.º, 2.ª oración).

---

905. Así, la opinión dominante, BGH, *NStZ* (1982), 79.
906. BGH, *NStZ* (2004), 348.
907. *BGHSt* 10, 186. BGH, *NStZ* (2008), 50 permite el «reemplazo» de las partes faltantes de una declaración con base en el § 251, sin delimitar esto del § 250, 2.ª oración; cf. *infra* nm. 7.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

b) Presupuestos

(4) El § 251 autoriza que en lugar del interrogatorio se lean todo tipo de actas que contengan una explicación escrita del testigo, perito o coimputado, cuando exista acuerdo del acusado que cuenta con defensa, su defensor y el fiscal (inc. 1.º, núm. 1).

La lectura también es admisible si solo sirve para confirmar una confesión del acusado y existe consentimiento tanto del acusado (sin defensor) y el fiscal (inc. 1.º, núm. 2).

Además, se considera la lectura cuando el testigo, perito o coimputado han muerto o no podrán ser interrogados por el tribunal dentro de un tiempo previsible (inc. 1.º, núm. 3), por ejemplo, si las autoridades administrativas «bloquean» o impiden la declaración de un testigo, de modo que lo tornan inasequible (cf. *infra* nm. 30).[908]

Ello no rige cuando existen impedimentos jurídicos para poder interrogar.

> **Ejemplo:** En el juicio oral, el testigo se niega a responder preguntas de conformidad con el § 55 y no da información sobre el hecho. Ello no constituye un impedimento para interrogar en el sentido del § 251. El acta de su interrogatorio anterior no debe leerse.[909]

Finalmente, la lectura también está permitida cuando el acta o el documento se refieren a la existencia o al monto del daño patrimonial (inc. 1.º, núm. 4). Esto es problemático, porque no se vincula con una situación procesal, sino con un elemento típico de derecho penal material.

(5) Fuera de ello, las actas de un interrogatorio *judicial* también pueden ser leídas bajo estas condiciones y de conformidad con el inc. 1.º, si

– la comparecencia de un testigo, perito o coimputado en el juicio oral se encuentra obstaculizada por una enfermedad o debilidad que durará un tiempo largo o incierto; o por otro impedimento que no puede ser disipado (inc. 2.º, núm. 1);
– el testigo o perito, teniendo en cuenta la gran distancia a la que se encuentra, y el significado de su declaración, no puede exigírsele que comparezca al juicio oral (inc. 2.º, núm. 2; como en el § 223, inc. 2.º, cf. *supra* § 17 nm. 6);
– el fiscal, el defensor y el acusado están de acuerdo con la lectura. Este consentimiento no elimina el deber de esclarecimiento, ni elude una prohibición probatoria,[910] como por ejemplo, si se omite realizar una instrucción según el § 52, inc. 3.º.

> **Caso 3:** El testigo, cuya residencia es desconocida, fue interrogado por el juez de investigación en el procedimiento preliminar, pero no se le informó acerca de su

908. *BGHSt* 32, 68.
909. BGH, *NStZ* (1984), 342; (1996), 96; tampoco las explicaciones escritas anteriores del testigo, BGH, *NStZ* (2007), 718; tampoco si el testigo no está presente, BGH, *NJW* (2007), 2195; discutido, cf. BGH, *NJW* (2002), 309.
910. BGH, *NJW* (1996), 2435 s.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

derecho, como esposo, de abstenerse de prestar testimonio. La prohibición de valoración obstaculiza la lectura.[911]

(6) Si existen referencias a otras actas, deben efectuarse distinciones. Si la misma acta judicial se remite a otras actas (incluso policiales) o escritos, ellos también deben leerse. Pero si el interrogado se refirió a declaraciones de otros, con base en las cuales fueron elaboradas actas, estas no pueden ser leídas. Las actas judiciales *defectuosas*, esto es, actas sobre interrogatorios en cuya confección se cometió un error procesal, no deben ser leídas de conformidad con el inc. 2.º, sino solamente como actas no judiciales de acuerdo con el inc. 1.º y tienen un valor probatorio inferior (muy discutido, cf. *infra* § 28 nm. 26).

(7) La disposición sobre la posibilidad de realizar una lectura, presupone siempre la existencia de un obstáculo para realizar un interrogatorio.

Caso 4: El testigo responde algunas preguntas y otras no (§ 55). ¿Debe leerse el acta de una declaración anterior prestada en sede policial?

De conformidad con el § 251 ello no está permitido. Por otro lado, la lectura no debe reemplazar su interrogatorio, sino complementarlo. El BGH considera que la lectura es admisible, ya que el principio de inmediación no prohibiría la adición, sino solo la sustitución de la declaración (cf. § 250 inc. 2.º).[912]

Lo mismo rige para el caso en que un testigo no pueda ser nuevamente interrogado (p. ej., porque se ha vuelto incapaz para declarar). Esta laguna en el esclarecimiento también debe llenarse mediante una lectura complementaria del acta de interrogatorio anterior.[913] Además, siempre se puede interrogar a la persona que tomó la declaración (como alternativa a la lectura).[914]

2. Lectura tras la abstención de prestar testimonio, § 252

(8) Caso 5: En el procedimiento de investigación contra X, su hermano B fue interrogado como testigo por la fiscalía. Tras ser instruido sobre su derecho de abstenerse de prestar testimonio, aportó datos sobre el hecho, que fueron recogidos en un acta. Posteriormente, también fue citado como testigo por el juez de investigación, fue instruido conforme al ordenamiento, y como B manifestó lo mismo que ante la policía, en el acta solo se indicó: «En el presente interrogatorio, B se remite a lo informado en sede policial» (la fórmula habitual: se remite «al contenido»). En el juicio oral contra su hermano, el acusado X, B se abstiene de declarar con base en el § 52, inc. 1.º, núm. 3.

Este es el caso principal contemplado por el § 252 y plantea las siguientes preguntas: ¿el policía que realizó el interrogatorio debe ser interrogado como

911. BGH, *NStZ* (1989), 282; *NStZ* (1998), 312.
912. BGH, *NStZ* (2014), 607, 608; *NStZ* (1988), 36 (sin embargo, no con respecto a un acta, sino a una declaración escrita del testigo); comentario acertadamente desestimatorio de Meyer.
913. BGH, *NStZ* (2008), 50.
914. Cf. p. ej., Mosbacher, *NStZ* (2014), 1, 4.

testigo acerca de lo que B señaló entonces? ¿Debe ser interrogado sobre ello el juez de investigación? ¿Pueden leerse las actas con el fin de interpelar al testigo? Del texto del § 252 solo surge con claridad que con estas actas no puede producirse una prueba documental.

a) Panorama

(9) En primer lugar, el § 252 presupone que en el juicio oral existe un derecho de abstenerse de prestar testimonio. La consecuencia es que, más allá del texto de la disposición, se genera una prohibición probatoria (*infra* nm. 10). La cuestión de si el derecho de abstenerse de prestar testimonio también debía existir al momento de la declaración anterior, debe responderse de manera diferenciada en los casos en los que se aplican los §§ 52 ss. (*infra* nm. 11). En principio, respecto del ámbito de aplicación del § 252, decide el rol procesal como testigo en el juicio oral, de modo que la disposición también se aplica cuando el declarante, con anterioridad, no tenía la calidad de testigo (*infra* nm. 14). Además, el § 252 supone que las manifestaciones anteriores hayan constituido una «declaración» (*infra* nm. 15).

b) Prohibición probatoria

(10) Si el testigo decide hacer uso de su derecho de abstenerse a prestar testimonio recién en el juicio oral, el acta de su interrogatorio anterior, donde si bien se lo instruyó acerca de su derecho de abstenerse a prestar declaración, pero renunció a aquello y prestó declaración, no debe leerse. Más allá del texto del § 252, la consideración del fin de protección del derecho de abstención impone que se prohíba sin más la valoración de las declaraciones anteriores. Se entiende que esta prohibición probatoria es absoluta,[915] de modo que también se incluyen los documentos entregados por el testigo durante el interrogatorio, o una grabación de audio realizada por el testigo de una conversación suya que sea relevante para el objeto del interrogatorio.[916]

Sin embargo, la prohibición probatoria del § 252 es disponible para el testigo. Tras una instrucción cualificada,[917] él debe poder consentir la lectura o el interrogatorio de la persona que tomó la declaración (no obstante, en este último caso, sus manifestaciones como testigo de oídas tienen un valor probatorio bastante menor).[918] Fuera de esta situación concreta, no está permitido interrogar a quienes tomaron la declaración. La jurisprudencia, sin embargo, hace aquí una excepción para el caso en que la declaración anterior haya sido prestada ante el juez, y lo fundamenta en que a este último, «la ley, en general, ya le demuestra

915. BGH, *NJW* (2012), 3192, 3193; cf. también p. ej., Geppert, *Jura* (1988), 305 y ss., 363 y ss.
916. BGH, *NStZ* (2013), 247.
917. BGH, *NJW* (2012), 3192, 3193 con más referencias.
918. *BGHSt* 45, 203 208; BGH, *NStZ* (2007), 652.

una elevada confianza».[919] Ante todo, sin embargo, se realiza una ponderación de bienes: «… en vistas a la renuncia consciente al ejercicio del derecho de abstenerse de prestar testimonio, manifestada tras la instrucción correspondiente en el marco de un interrogatorio judicial, tiene mayor importancia el interés público en una administración de justicia eficiente que el interés del testigo…».[920] En el año 2016, el Gran Senado decidió que la instrucción sobre el derecho a negarse a declarar es suficiente en este sentido. No sería necesaria una instrucción *cualificada* –referencia adicional relativa a la posibilidad de recurrir a la persona que tomó judicialmente la declaración[921]–, además, se sostuvo que las instrucciones relativas a la posibilidad de utilizar las declaraciones realizadas serían ajenas al derecho alemán.[922] La jurisprudencia sobre la instrucción cualificada en los casos del § 136 inc.1.º, no se opondría a ello, porque en estos grupos de casos (*supra* § 9 nm. 11) sería necesario (a diferencia de lo que aquí se expone) corregir un error de procedimiento; tampoco la jurisprudencia del TEDH se opondría a ello, en la medida en que hay suficientes posibilidades de poner en duda las declaraciones.[923]

Si el juez es interrogado como testigo, también se le puede exhibir el acta de su declaración para ayudarlo a recordar (en la práctica se realiza mediante la lectura) e igualmente, cuando este instrumento contiene una remisión en blanco al acta del interrogatorio realizado por la policía o la fiscalía (como en el caso 5). Si existe una videograbación del interrogatorio judicial, ella no debe proyectarse con fines probatorios. El texto del § 255a, inc. 1.º (que se remite al § 252) es claro y no autoriza a utilizar ese medio de prueba cualitativamente más valioso. Esta contradicción valorativa se acentúa si se tiene en cuenta que continúa siendo admisible «exhibir» (proyectar) para el juez la grabación cuando es interrogado como testigo.[924]

c) El derecho de abstenerse de prestar testimonio antes y durante del juicio oral

(11) Para el **§ 52** es suficiente que el derecho de abstenerse de prestar testimonio surja con posterioridad a un interrogatorio previo (p. ej., a través del matrimonio). Lo esencial es que el testigo, en el juicio oral, debe ser preservado de declarar conforme a la verdad en contra del acusado o de perjudicar su relación con él. En este caso, el juez que lo interrogó previamente tampoco puede ser citado como testigo. En aquel momento, el testigo estaba obligado a declarar, pero la finalidad protectora del derecho de abstención nacido posteriormente, se vería frustrada si

919. *BGHSt* 21, 218, 219; crítico frente a «una cualidad especial de los interrogatorios judiciales», p. ej., Roxin/Schünemann, § 46 nm. 29; Beulke/Sowada, nm. 420 cada uno con más referencias.
920. *BGHSt* 45, 342.
921. BGH GS, *NJW* (2017), 94, 96.
922. BGH GS, *NJW* (2017), 94, 99.
923. BGH GS, *NJW* (2017), 94, 100 con referencia al TEDH (Hümmer), *NJW* (2013), 3225, 3226.
924. BGH, *NStZ* (2004), 390.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

mediante esta vía se tuviera acceso a aquella primera declaración.[925] Puesto que difícilmente se puede comprobar que un matrimonio solo ha tenido lugar de modo aparente (o con el objetivo de neutralizar una declaración) aquí existe un foco abierto a la manipulación que no es irrelevante.[926] Si en el juicio oral, el testigo no puede manifestar su opción de negarse a prestar testimonio, porque ahora padece una enfermedad mental[927] o ha muerto,[928] la jurisprudencia ya no tiene más en consideración los fundamentos del derecho de abstención, deja de lado la prohibición legal de lectura y autoriza la valoración de la declaración anterior.[929] También luego de una «manipulación desleal del proceso» debe darse preeminencia «al principio de la averiguación de la verdad, que reclama la protección de la generalidad y el esclarecimiento, la persecución y el castigo justo de los delitos mediante el empleo de todos los medios de prueba disponibles».[930] Quien no manifiesta que está comprometido, después no puede invocar que no fue instruido y reclamar una prohibición de valoración, pues entonces «quedaría en manos del testigo privar al tribunal de determinadas pruebas, mientras le impone otras».[931] La cuestión es distinta en el caso de los *§§ 53, 53a*.

(12) Caso 6: El posteriormente acusado X liberó a su médico, el Dr. A, del secreto profesional. El Dr. A brindó información ante el juez de investigación. En el juicio oral, X se retracta de su manifestación anterior de liberar al médico del secreto profesional y el Dr. A se abstiene de prestar testimonio. ¿Está permitida la valoración de su declaración previa?

El médico estaba entonces obligado a declarar y ahora tiene derecho de abstenerse (pero no tiene un deber procesal; cf., sin embargo, el § 203 StGB). Mediante la valoración de su declaración previa ya «no puede caer en la situación problemática de contravenir la prohibición del § 252».[932] Por lo tanto, los derechos de abstenerse de prestar testimonio según los §§ 53 y 53a, surgidos con posterioridad, no impiden la valoración de la declaración anterior. La prohibición probatoria solo tiene lugar cuando el derecho de abstenerse de prestar testimonio existía con anterioridad, y no fue ejercido.

(13) El derecho de abstenerse de responder preguntas previsto en el *§ 55* no pertenece al ámbito de aplicación del § 252.[933] No está relacionado con un conflicto de intereses entre el acusado y el testigo, sino que solo sirve para la protección de este último. Si en su declaración anterior el testigo renunció a este derecho y se colocó a sí mismo en peligro, puede revocar aquella decisión en el juicio oral, pero con ello no puede impedir ni su valoración en contra del acusa-

---

925. *BGHSt* 27, 232.
926. Cfr. Füllkrug (2020), 255, 256.
927. *RGSt* 9, 88, 91.
928. *BGHSt* 22, 35.
929. Discutido, cf. Geppert, *Jura* (1988), 305, 310.
930. *BGHSt* 45, 342, 348.
931. BGH, *NStZ* (2003), 612.
932. *BGHSt* 18, 146, 150.
933. Jurisprudencia discutida, *BGHSt* 6, 209, 211; BGH, *NStZ* (1998), 46; gran parte de la literatura sostiene un punto de vista distinto, cf., p. ej., Eisenberg, nm. 1129; Geppert, *Jura* (1988), 305, 312; Hanack, *JZ* (1972), 238.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

do, ni tampoco las eventuales investigaciones en contra de él mismo que ya se encuentren en curso.

d) Ex (co)imputado

(14) Caso 7: Los cónyuges F y M fueron investigados como imputados. F había brindado información sobre el hecho ante el juez de investigación. El proceso contra ella (F) fue separado. En el juicio oral contra M, F invocó su derecho de abstenerse de prestar testimonio.

Según el § 250, 2.ª oración, el acta de su interrogatorio anterior no debe ser leída. Además, rige la prohibición de valoración del § 252.

Caso 8: F no comparece a la audiencia. Existe acuerdo entre todas las partes sobre la lectura del acta de su declaración anterior (§ 251, inc. 1.º, n.º 4).

La lectura sería posible, porque el § 251, inc. 1.º, núm. 1 abarca también al ex-coimputado. Sin embargo, ahora F, como testigo, podría guardar silencio. Si bien ella no hizo uso de este derecho, la lectura y valoración se oponen al § 252. De otro modo, a quien con anterioridad fue coimputado, «se lo privaría de […] su derecho, ahora como testigo, de guardar silencio respecto de la declaración que realizó antes en el contexto de su propia defensa y, por lo tanto, quizás perjudicando a alguna de las personas respecto de las cuales, ahora como testigo, tiene derecho de abstenerse de prestar testimonio».[934] Por esta razón, el juez que interrogó a quien con anterioridad era imputado no debe ser escuchado como testigo (cf. *supra* nm. 10).[935]

e) Declaración

(15) El § 252 prohíbe leer y valorar la «declaración» de un testigo. Aquí quedan comprendidas también las declaraciones realizadas en otro proceso penal y en un proceso civil.[936] Los datos brindados en el marco de un interrogatorio informativo se equiparan a una declaración (cf. *supra* § 9 nm. 6).[937] Las manifestaciones espontáneas (cf. *supra* § 9 nm. 7), sin embargo, no están abarcadas.[938] Los comentarios realizados ante una persona de confianza (incluso si fueron hechos con esa intención) no son «declaraciones», porque no se formularon en el marco de un interrogatorio (cf. *supra* § 9 nm. 20).[939]

En un diálogo entre el defensor del imputado y un testigo, lo que pregunta el abogado no constituye un «interrogatorio», y lo que dice el testigo tampoco es una «declaración». Sin embargo, la aplicación analógica del § 252 es evidente.

934. *BGHSt* 10, 186, 190.
935. *BGHSt* 42, 391.
936. *BGHSt* 17, 324.
937. *BGHSt* 29, 230.
938. *BGHSt* 36, 384, 389.
939. *BGHSt* 40, 211.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

El BGH la considera obligatoria, porque de lo contrario, el defensor podría producir actas para ser leídas en el juicio y dominar el proceso.[940]

Las manifestaciones hechas frente a un perito tampoco son declaraciones en el marco de un interrogatorio. Sin embargo, «el perito es un auxiliar del juez; en cierta medida la información brindada frente a él puede considerarse como una declaración ante el tribunal».[941] Con respecto a la aplicación analógica del § 252 debe realizarse una distinción.

> **Caso 9:** El perito debe realizar un dictamen sobre la credibilidad de la testigo. El juez la instruye sobre su derecho de abstenerse de prestar testimonio de conformidad con el § 52. La testigo cuenta al perito circunstancias sobre el hecho y, luego, en el juicio oral hace uso de su derecho de abstenerse de prestar testimonio.

Aquí tiene lugar la prohibición de valoración del § 252. La testigo reveló al perito hechos adicionales (cf. *supra* § 21 nm. 30). Ello se equipara a una declaración.[942] Sin embargo, según la jurisprudencia, la información sobre el hecho debe ser valorada.[943]

3. Lectura para eliminar lagunas en la memoria y contradicciones, § 253

(16) La disposición quebranta el principio de inmediación. Ella autoriza a recurrir a una prueba documental[944] para colmar lagunas en la memoria del testigo o del perito y eliminar las contradicciones que surjan en el juicio oral. En términos de resultado, esto conduce a una combinación entre la prueba personal y la prueba material. Una opinión minoritaria considera que en esta disposición se regula un caso particular de interpelación.[945] Esto es así en la medida en que al testigo que no recuerda (inc. 1.º) o se contradice (inc. 2.º) se lo interpela mediante la lectura de sus declaraciones anteriores. Si ello no conduce a una declaración completa o consistente, complementariamente, puede producirse prueba documental. Para conceder preeminencia a la prueba personal, por tanto, no debe convocarse en primer término a quienes con anterioridad han realizado el interrogatorio (cf. inc. 2.º, «sin suspensión del juicio oral»).

4. Lectura y presentación de las confesiones, § 254

a) Confesión del acusado

(17) La confesión no debe comprender todo el hecho. La aceptación de algunas circunstancias también es una confesión en el sentido de esta disposición.

---

940. *BGHSt* 46, 1; además, Volk, *JuS* (2001), 130.
941. *BGHSt* 11, 97, 99 s.
942. *BGHSt* 13, 1; 46, 189, 193; BGH, *NStZ* (2007), 353.
943. *BGHSt* 11, 97, 99; cf. KK-StPO/Diemer, § 252 nm. 18a.
944. Jurisprudencia discutida, *BGHSt* 3, 199, 201; BGH, *NJW* (1986), 2063.
945. Grünwald, *JZ* (1966), 493.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Ejemplo: El acusado guarda silencio sobre otros puntos o dice «sí, pero…».

Estas circunstancias pueden ser directamente relevantes para la prueba o ser solo indicios.

Ejemplo: El acusado acepta que se encontraba con la víctima en el momento del hecho, pero niega ser el autor.

Esta disposición autoriza la prueba documental o la inspección ocular, sin indicar que algo deba excluirse. Ella no establece la prohibición de utilizar otros medios de prueba.

b) Confesión del coacusado

(18) La jurisprudencia admite la lectura de la confesión del coacusado que se refiere al hecho del primer acusado.[946]

c) Actas judiciales o grabaciones audiovisuales

(19) La prueba documental debe producirse únicamente con actas judiciales realizadas de manera reglamentaria.[947] La confesión también puede leerse cuando fue prestada en otro proceso[948] o ante un juez extranjero.[949] Actualmente, también es posible introducir una grabación audiovisual de un interrogatorio extrajudicial que contenga una confesión.[950] Si se hace uso de esta posibilidad, la incorporación se lleva a cabo mediante una inspección ocular.[951]

(20) Las actas de la policía o de la fiscalía no deben ser leídas para producir una prueba documental sobre su contenido. La limitación a las actas judiciales contiene una prohibición de valoración respecto de otros instrumentos. Sin embargo, es admisible (cf. *supra* nm. 10) escuchar como testigo al funcionario que realizó el interrogatorio e interpelarlo mediante la lectura del acta respectiva.[952]

Caso 10: El acusado se retracta de la confesión que había prestado en sede policial y guarda silencio. El funcionario policial que lo interrogó es citado como testigo. A pesar de que se lo interpela sobre el contenido del acta, no puede recordar lo que dijo el acusado en su declaración y solo dice que siempre confecciona las actas en forma adecuada y correcta.

---

946. *BGHSt* 22, 372; sin embargo, es discutido; de otra opinión, Roxin/Schünemann, § 46 nm. 19.
947. BGH, *StV* (1985), 314.
948. Con dudas, BGH, *NStZ* (1996), 612 para procesos civiles y administrativos.
949. BGH, *NStZ* (1994), 595.
950. Esta posibilidad ha sido creada por la ley para una configuración del proceso penal más efectiva y adecuada para la práctica (*BGBl. I* [2017], 3202).
951. Cf. Meyer-Goßner/Schmitt, § 254 nm. 1a
952. *BGHSt* 3, 149, 150; en contra, entre otros, Dahs/Dahs, nm. 311.

Esto carece de contenido y, por lo tanto, no puede ser valorado; ni siquiera con base en el § 253.[953]

5. Lectura de dictámenes y aclaraciones de autoridades públicas o médicos, § 256

(21) *a*) Las autoridades públicas (inc. 1.º, núm. 1) son entidades estatales que cumplen tareas públicas y se conducen de acuerdo con el derecho público.

> **Ejemplo:** institutos universitarios, policías estaduales, hospitales públicos, salvo cuando actúan bajo la forma jurídica de una sociedad de responsabilidad limitada.[954]

Las autoridades públicas no deben ser interrogadas como testigos con respecto a hechos comprobados oficialmente; el § 256, sin embargo, autoriza la prueba documental.

b) Los certificados emitidos por los médicos sobre lesiones corporales «que no sean de las más graves» (inc. 1.º, núm. 2) pueden leerse con el fin de ahorrarles la obligación de comparecer al juicio oral (inc. 1.º, núm. 2).[955] Desde la nueva versión de la norma[956], a diferencia de la situación legal anterior, también se permite la lectura de certificados que se refieran a lesiones corporales graves o lesiones corporales con resultado de muerte, y ahora también es posible que la lectura tenga lugar en el contexto de un procedimiento penal que no se base en absoluto en la acusación de lesiones corporales, sino que, por ejemplo, en la de un delito sexual. [957]

c) Los certificados de conducta, esto es, los juicios de valor sobre la personalidad nunca deben ser leídos, sin importar de quién provengan.[958]

La primera JuMoG expandió este catálogo tradicional sobre los motivos que autorizan la ruptura del principio de inmediación a dos puntos extremadamente problemáticos.

(22) *d*) Ahora, también pueden leerse los dictámenes de los peritos (inc. 1º, n.º 1b). El tribunal decide si su presencia es necesaria de acuerdo con el deber de esclarecimiento. Con ello, se limita el derecho a preguntar de los intervinientes en el proceso.

(23) *e*) Además, pueden leerse «las actas, así como las explicaciones relativas a actuaciones de investigación contenidas en un documento, en tanto que ellas no tengan como objeto un interrogatorio» (inc. 1.º, n.º 5).

---

953. *BGHSt* 14, 310; BGH, *NStZ* (1995), 47.
954. BGH, *NStZ* (1988), 19.
955. Meyer-Goßner/Schmitt, § 256 nm. 18.
956. *BGBl. I* (2017), 3202 (Ley para una configuración del proceso penal más efectiva y adecuada para la práctica).
957. Meyer-Goßner/Schmitt, § 256 nm. 20.
958. La ley está mal formulada: según la opinión más generalizada, la limitación del inc. 1.º, n.º 1c vale para todo el n.º 1.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Ejemplo:[959] «En un procedimiento de investigación por hurto y encubrimiento, un policía participó del allanamiento de una casa. Confeccionó un acta sobre los sucesos comprobados por él en la vivienda investigada, por ejemplo, sobre los objetos hallados y la distribución y el mobiliario de los ambientes. Estos detalles son relevantes para el esclarecimiento y la producción de la prueba en el juicio oral posterior. Hasta hace un tiempo atrás, el funcionario debía ser citado como testigo. Actualmente, en lugar de ello, puede leerse el acta realizada por él».

Ello parece más inofensivo de lo que es realmente. En principio, significa que, en lugar de la producción de la prueba, en el juicio oral tiene lugar meramente la reproducción de los procedimientos de prueba realizados en la fase de investigación, en los cuales la defensa no tuvo el derecho a estar presente. Ello resulta incompatible con la estructura fundamental de nuestro proceso, los derechos del acusado y la defensa, el principio de lealtad y el de igualdad de armas.

(24) *f*) Finalmente, el § 256 inc. 1.º, n.º 6[960] permite la lectura de los comprobantes de la conversión y de las notas correspondientes, en relación con lo dispuesto en el § 32e inc. 3.º, de modo que se puede prescindir del interrogatorio de la persona que realizó la respectiva transcripción. [961]

6. Proyección de videos, § 255a

(25) Los presupuestos para la proyección se encuentran en el inc. 1.º y son los mismos que para la lectura de las actas. La disposición autoriza la prueba de inspección ocular (cf. *supra* § 21 nm. 33) respecto del contenido de una declaración testimonial. Al igual que las disposiciones sobre la lectura, ella sirve para el aseguramiento de la prueba y la celeridad del proceso (cf. *supra* § 26 nm. 9). Por lo tanto, la proyección solo[962] es admisible cuando está permitida la lectura de conformidad con los §§ 251, 253. La lectura no se considera prioritaria. El interrogatorio de los testigos puede complementarse a través de la lectura de las actas utilizando la vía de la prueba documental (*supra* nm. 2). Esta regla rige también para los exámenes complementarios del «vídeo», que (en este aspecto) se equiparan al acta del interrogatorio.[963]

(26) El inc. 2.º sirve para la protección de testigos menores de edad, o de testigos víctimas que eran menores de 18 años en el momento de la comisión del delito; sus presupuestos son independientes de los del inc. 1.º y no se remite a los §§ 251, 253. Junto con la proyección de imágenes y sonidos está permitido introducir el contenido de la declaración. El interrogatorio es reemplazado.[964] El principio de inmediación, por tanto, resulta vulnerado.

---

959. Tomado del comunicado de prensa brindado por el Ministerio de Justicia Federal, www.bmj.bund.de/enid/.
960. Incorporado por la «Ley de introducción del expediente electrónico» (*supra* § 25 nm. 31).
961. Cf. Meyer-Goßner/Schmitt, § 256 nm. 28.
962. BGH, *NStZ* (2008), 293.
963. BGH, *NStZ* (2005), 348.
964. Para el requerimiento de prueba sobre un interrogatorio complementario (reiterado) «rigen los mismos parámetros que para un requerimiento donde se solicite la repetición del interrogatorio de un testigo que

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

IV. TESTIGO DE OÍDAS

(27) El principio de inmediación no prohíbe interrogar a esta clase de testigos (cf. *supra* § 18 nm. 26). Tampoco se opone a ello el mandato de proceso leal.[965] Los §§ 250 ss. solo regulan cuando una prueba personal puede ser reemplazada o complementada por una prueba documental. Pero estas disposiciones no dicen nada acerca de si en lugar de la lectura (admisible) de un documento puede escucharse a un testigo indirecto, y tampoco regulan la relación entre el testigo próximo y aquel que es lejano al hecho. Para ambas cuestiones debe recurrirse al principio de esclarecimiento.[966] Este principio, por lo general, impone escuchar al testigo directo.[967] Ante todo, el art. 6.º, inc. 3.º (d) CEDH garantiza al acusado el derecho de formular preguntas al testigo de cargo. Ello se corresponde con la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, que le garantiza al imputado el derecho «de confrontarse con el testigo de cargo» («cara a cara»). De un principio procesal de los «sistemas adversariales» (cf. *supra* § 11 nm. 1) se convirtió en un elemento del proceso leal: el derecho al interrogatorio «de confrontación». No se transgrede la Convención cuando ello no fue posible (p. ej., el testigo era inasequible, había muerto). Tampoco cuando la confrontación no tiene lugar por razones que caen bajo al ámbito de responsabilidad de la justicia o la policía, si a pesar de lo cual, tanto el proceso en su conjunto, como la recepción de la prueba en particular, se desarrollaron con lealtad.[968] Si, dado el caso solo se esperen testigos de oídas para el juicio oral, ello debe tenerse en cuenta desde el procedimiento preliminar.[969] Naturalmente, la declaración de un testigo indirecto, en principio, tiene un valor probatorio menor.[970] El resultado de esta prueba debe reforzarse con indicios.[971]

V. INVESTIGACIONES ENCUBIERTAS

Con frecuencia no están disponibles como testigos directos las siguientes personas:

- los informantes y las personas de confianza (cf. *supra* § 10 nm. 4)
- los agentes encubiertos y los funcionarios que investigan de forma oculta (cf. *supra* § 10 nm. 59, 60).

ya declaró en el juicio»; BGH 48, 268.

965. BVerfG, *NStZ* (1991), 445.
966. *BGHSt* 36, 159, 162; cf. Geppert, *Jura* (1991), 538.
967. *BGHStGrS* 32, 115, 132.
968. BGH, *NStZ* (2005), 224, con información sobre la jurisprudencia del TEDH. Esto presupone que la confrontación que resulta imposible es «compensada», p. ej., en la valoración de la prueba, TEDH (Mechelen), *StV* (1997), 617; TEDH (Haas) *NStZ* (2007), 103; TEDH (Hümmer) *NJW* (2013), 3225.
969. TEDH (Schatschaschwili) *StV* (2017), 213, 225: «En opinión del *Tribunal*, el hecho de dar al acusado la oportunidad de que un testigo esencial contra él sea interrogado por su abogado, al menos en la fase de investigación preliminar, es una garantía procesal importante para proteger el derecho de defensa del acusado, y la ausencia de esa garantía debe tener un gran peso en el ejercicio de ponderación al considerar la lealtad del proceso en general a la luz del artículo 6.1 y 3.d».
970. *BGHSt* 34, 15, 18.
971. BVerfG, *StV* (1997), 1; *BGHSt* 46, 93; 42, 15, 25; BGH, *NStZ* (2000), 265; *NStZ* (2002), 656; *NStZ* (2007), 166; sin embargo, cf. también BGH, *HStZ* (2018), 51, 54.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

1. El aspecto penal

(28) El problema jurídico-material de la punibilidad del *agent provocateur* no se tratará aquí con detalle (cf. *supra* § 10 nm. 4).[972] Habitualmente se argumenta que no es punible, porque no quiere la consumación del hecho o porque impidió daños más graves o definitivos para el bien jurídico. Sin embargo, ello no explica todos los casos, en especial, cuando se trata de delitos de peligro (BtMG). Entonces, el problema se traslada al nivel de la antijuridicidad, y allí es discutido si el § 34 StGB resulta aplicable a los casos en que falta una autorización procesal para la injerencia.[973]

Tampoco se discutirá más sobre la punibilidad de quien fue incitado a la criminalidad (cf., al respecto, *supra* § 14 nm. 28).

> **Ejemplo**: El acusado conoció a una persona por casualidad, que en principio le pareció amable. Esta trabaja en la Policía Criminal Federal y organizó el viaje en el que el acusado transportó sustancias estupefacientes desde España hasta Alemania. ¿Puede dicho organizador desvirtuar el reproche acerca de la importación no permitida de sustancias estupefacientes con el argumento de que, en definitiva, las retiró de la circulación?

Para entrar en la escena, como «prueba de fuego», el agente encubierto debe cometer un delito. ¿Cuán grave debe ser este para que su conducta todavía se encuentre cubierta por el § 34 StGB?

2. Personas de confianza, informantes, funcionarios que investigan de forma oculta y agentes encubiertos

(29) En la ley solo están regulados los presupuestos para el empleo de agentes encubiertos, así como las posibilidades para su protección procesal (§ 110a; cf. *supra* § 10 nm. 59 ss.; §§ 110b, inc. 3.º; 110e, 68). Con respecto a las otras formas de investigación encubierta, o bien se extrae la conclusión *a contrario sensu*, de que a falta de una regulación legal expresa, existe una intromisión inadmisible en el derecho a la autodeterminación informativa;[974] o se recurre a las reglas generales. Así procede la jurisprudencia. De acuerdo con ella, en estos casos no se supera el umbral de la injerencia. Su empleo estaría cubierto por la tarea de investigación que establece el § 163.[975] Sin embargo, ello podría provocar incluso una elusión de los presupuestos de la injerencia que rigen para los agentes

---

972. Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 26 nm. 4, con información adicional.
973. Sobre el estado de la discusión, cf. Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 34 nm. 14.
974. Cf. Lilie/Rudolphi, *NStZ* (1995), 514, 516; Fezer, *JZ* (1996), 602, 609; últimamente, Gercke, *StV* (2017), 615, 626 pidiendo la creación de una base legal para el empleo de personas de confianza. Esto también podría verse apoyado por el hecho de que el BVerfG considera que el empleo de personas de confianza es una grave intromisión en los derechos fundamentales (BVerfG, *NJW* [2016], 1781, 1790).
975. *BGHSt* 32, 115, 121 ss.; 40, 211; 41, 42; BGH, *NStZ* (1996), 450. Cf. aquí también Weisser, NZWiSt (2018), 59, 60 s.; sobre funcionarios policiales que investigan de forma oculta [Nota de los traductores: noeP = *nicht offen ermittelnder Polizeivollzugsbeamter*], cuyo empleo, según la «opinión unánime», podría estar basado en la cláusula general.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

encubiertos. El BGH establece límites máximos para el empleo continuado de investigadores que, de manera real o aparente. actúan en forma privada, y por ende, no como agentes encubiertos; y exige que debe tratarse de casos de lucha contra los crímenes especialmente peligrosos y difíciles de investigar, como por ejemplo, el tráfico de drogas y la delincuencia organizada.[976] El conocimiento de las personas de confianza, informantes y funcionarios que investigan de forma oculta, en este ámbito, no se adquiere de manera antijurídica, de modo que no puede pensarse en una prohibición de valoración (debe introducirse en el proceso). Este punto de vista no se concilia fácilmente con la regulación legal sobre el empleo de agentes encubiertos.

> **Ejemplo**: El funcionario policial no es un agente encubierto, sino que se desempeña en un caso determinado como comprador aparente (funcionario que investiga de forma oculta). Se encuentra con el vendedor en su casa y lo detiene tras la realización del negocio. Según la opinión dominante, los §§ 110a ss. no se aplican ni directa ni analógicamente. Ellos justificarían una violación del art. 13 GG. Debido a que las autoridades encargadas de la persecución penal se organizaron de manera distinta y emplearon al policía como funcionario que investiga en forma oculta, ¿Podría prescindirse de la necesaria autorización judicial?[977]

Si se sigue la jurisprudencia, se plantea la interrogante acerca de la forma en que el conocimiento de la persona de contacto puede ser introducido en el proceso. El auxiliar de la investigación es un testigo.

3. El bloqueo o impedimento del testigo

(30) El comprensible interés por no dejar que se «queme» y mantener su identidad en secreto (reconocido para los agentes encubiertos en el § 110b, inc. 3.º, 3.ª oración) conduce en todos los casos, a que las autoridades no solo nieguen un permiso para declarar (§ 54), sino que tampoco brindan información sobre el nombre y el domicilio del testigo. Para ello están facultados por la aplicación analógica del § 96.[978] Sin embargo, ello supone que el testigo, en caso de presentarse, tendría que temer un peligro para la vida o la salud. El solo interés en poder utilizar también al testigo de manera encubierta en el futuro no sería suficiente.[979] No obstante, desde que el legislador legitimó este interés para los agentes encubiertos en el § 110, inc. 3.º, 3.ª oración, se discute si la aplicación analógica del § 96 puede ser limitada en el sentido mencionado respecto de los otros auxiliares de la investigación que actúan de manera encubierta.[980]

976. BGH, *NStZ* (1995), 513; cf. también BVerfG, *StV* (1995), 561.
977. La cuestión fue dejada abierta en BGH, *NJW* (1997), 1516; cf. también Roxin, *StV* (1998), 43.
978. *BGHSt* 30, 34; 32, 115, 123; BGH, *NStZ* (1998), 563, con comentario de Naucke.
979. *BGHSt* 33, 83, 90 ss.
980. En contra, Meyer/Goßner/Schmitt, § 96 nm. 12b; a favor Fezer, *JZ* (1996), 610.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

4. La teoría de los niveles

(31) No solo existe la alternativa entre permitir que el testigo declare en el juicio oral u ocultarlo completamente mediante un bloqueo o impedimento. Ello tampoco sería conciliable con la ley. «Una promesa de confidencialidad ilimitada que, sin consideración al desarrollo futuro, condujera, por motivos de protección de la confianza, al bloqueo de la persona protegida frente a un interrogatorio judicial, equivaldría a una preferencia de ese testigo frente a otros».[981] El interés de mantener el secreto debe ponderarse con el interés en descubrir la verdad mediante el interrogatorio del testigo directo y, la pretensión de los intervinientes en el proceso, de formarse una imagen de ese testigo, y de la credibilidad de su declaración. Las autoridades también están obligadas por este interés público en un proceso leal, conforme con el Estado de derecho. «El significado del descubrimiento de la verdad judicial para el aseguramiento de la justicia y la entidad del derecho a la libertad del acusado, más bien, imponen que el Poder Ejecutivo, reconociendo el principio de división de poderes, considere también estos intereses en sus decisiones y les otorgue una relevancia suficiente».[982] Por lo tanto, el Ejecutivo no puede simplemente imponer su interés mediante un bloqueo o impedimento absoluto, sino que, entre otros, debe comprobar cuál es el medio suficiente y menos gravoso. Así, por ejemplo, la posibilidad de un interrogatorio audiovisual (creada después de la señalada decisión del Gran Senado), que también puede realizarse de un modo «protegido», esto es, con la imagen y el sonido distorsionados.[983]

a) El testigo anónimo en el juicio oral

(32) El testigo puede ser protegido liberándolo de informar su lugar de residencia (§ 68, inc. 2.º) y sus datos personales (§ 68, inc. 3.º; para los agentes encubiertos, cf. § 110b, inc. 3.º, 3.ª oración). La publicidad del juicio oral puede excluirse de conformidad con el § 172, núm. 1a GVG. El acusado puede ser excluido por el tiempo en que se prolongue el interrogatorio (§ 247).

(33) También es posible que su declaración, la cual presta al mismo tiempo en otro lugar, se transmita por vídeo en la sala de audiencias (§ 247a inc. 1.º). Al respecto, es admisible una «protección» óptica o acústica que impida la identificación del interrogado[984] (cf. también *supra* nm. 31). Recién cuando esta protección no excluya el peligro, por tanto, bajo requisitos estrictos, puede declararse el bloqueo o impedimento. Aquí debe hacerse una diferencia: el riesgo de ser

981. *BGHSt* 33, 83, 91.
982. *BGHStGrS* 32, 115, 124; cf. también VGH Kassel, *NJW* (2014), 240, 241 s.
983. Cf. BGH, *NStZ* (2003), 274; *NStZ* (2004), 345; cf. también VGH Kassel, *StV* (2013), 685, 687 ss.
984. BGH, *NStZ* (2003), 274, en contra de *BGHStGrS* 32, 115, porque cambió la situación jurídica y la protección debe ser posible «recién con razón» cuando el interrogatorio pueda ser reemplazado mediante la lectura de un acta.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

descubierto es mayor para las personas de confianza (personas privadas) que para los agentes encubiertos.[985]

b) Interrogatorio por comisión

(34) El siguiente paso con el fin de preservar el secreto consiste en autorizar al testigo solo para un interrogatorio por comisión, el cual tiene lugar fuera del juicio oral (cf., al respecto, *supra* 17, nm 6 ss.). Un bloqueo o impedimento para el juicio oral tiene como significado, que el medio de prueba, esto es, la declaración del testigo es inasequible (§ 244, inc. 3.º, núm. 5). Es decir, que a su comparecencia en el juicio se oponen obstáculos que no pueden ser eliminados (§ 223, inc. 1.º). El acta sobre su interrogatorio puede ser leída de conformidad con el § 251, inc. 1.º, núm. 3.

> **Caso 11**: «El ministro del Interior negó la divulgación del nombre y el domicilio de una persona de confianza por el peligro de que lo descubran y solamente prestó conformidad para un interrogatorio por medio del juez profesional, bajo exclusión de la publicidad y en ausencia del acusado y su defensor. A pesar de la oposición del defensor, la Cámara Penal resolvió […] que sería interrogado por una corresponsal en un interrogatorio por comisión, en ausencia del acusado y su defensor».[986] El interrogatorio se realizó en la Jefatura Superior de Policía.

El interrogatorio por comisión era admisible. El acusado no tenía un derecho de estar presente (§ 224, inc. 2.º). Sin embargo, su defensor no debió ser excluido. No se presentaron razones para no comunicarle la medida (como la pérdida de prueba por el transcurso del tiempo o el peligro de entorpecimiento), y además él siempre tiene derecho a estar presente, incluso cuando no debió ser informado de la medida (cf. *supra* § 17 nm. 11).[987] El acta no debe ser leída en contra de la oposición formulada por el defensor.

c) Testigos de oídas

> **(35) Caso 12**: El informante fue interrogado por el fiscal. Las autoridades administrativas no autorizan un interrogatorio por comisión. ¿Debe interrogarse al fiscal como testigo?

El informante es inasequible como testigo. El tribunal podría interrogar al fiscal como testigo de oídas, aunque, como sucede con esta clase de testigos, «por un lado, no puede proporcionar una impresión personal directa del informante anónimo y, por otro lado, no puede valorarse la credibilidad del informante a través de la persona que realizó el interrogatorio».[988] Si este débil tipo de medio

985. BGH, *NStZ* (2005), 43.
986. *BGHStGrS* 32, 115, 116.
987. *BGHStGrS* 32, 115, 129 ss.
988. *BGHSt* 36, 159, 164.

de prueba debe ser utilizado, es algo que se determina de conformidad con el principio de esclarecimiento, es decir, depende de la concreta situación probatoria del proceso. Lo mismo vale para la lectura de las actas de interrogatorios según el § 251, inc. 2.º. A las fuentes anónimas solo debe recurrirse para completar otros resultados probatorios obtenidos.[989]

5. El control judicial de la declaración de bloqueo o impedimento

(36) Caso 13: En el juicio oral, la jefatura de policía condicionó el interrogatorio del hombre de confianza, «Dieter», a que la vista se celebrara en ausencia del acusado. El tribunal siguió esta posición y durante el interrogatorio del testigo excluyó al acusado de la audiencia.

En principio, esto es posible. El temor fundado de que un testigo durante su interrogatorio en presencia del acusado no diga la verdad (§ 247, 1.ª oración) se equipara al temor que el testigo, de otro modo, no prestaría ninguna declaración (§§ 96, 54).[990] El tribunal, sin embargo, no debe aceptar sencillamente una declaración de bloqueo del testigo. Debe exigir que sea fundada, verificar estos fundamentos y luego, si se los considera insuficientes o débiles, provocar una aclaración de las autoridades superiores de la administración.[991] Esto no ocurrió en el caso. Con ello, falta una de las condiciones para la aplicación del § 247, de modo que se ha transgredido el § 230.

El tribunal no puede ir en contra de la decisión de las autoridades superiores de la administración. Debe aceptarla, incluso cuando parezca dudosa o errónea. Si una declaración de bloqueo o impedimento resulta arbitraria o presenta errores evidentes desde el punto de vista jurídico, no debe recurrirse a pruebas sustitutas.[992] En tal caso, las informaciones que provienen de investigaciones encubiertas no pueden introducirse en el proceso.

Casos y preguntas

182. ¿Qué estructura caracteriza a los §§ 249 ss.?
183. ¿Qué presupuestos y qué consecuencias jurídicas tiene el § 252?
184. En razón de que en sede policial el testigo Z invocó su derecho de abstenerse de prestar testimonio y no hizo declaración alguna sobre el hecho que se le reprocha a su esposa E, la fiscalía empleó a una persona de confianza, a quien Z le contó detalladamente el desarrollo del verdadero suceso. En el juicio oral contra E, Z invocó nuevamente su derecho

989. BGH, *NStZ* (2000), 265.
990. Jurisprudencia discutida, BGH, *NStZ* (1996), 608.
991. BGH, *NStZ* (2000), 265.
992. *BGHSt* 36, 159 163.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

de abstenerse de prestar testimonio. En consecuencia, el tribunal quiere interrogar a la persona de confianza. El defensor de E tiene reparos al respecto. ¿Son fundados?

185. En el juicio oral seguido contra A por extorsión, su prometida hace uso de su derecho de abstenerse de prestar testimonio con base en el § 52. Durante el procedimiento de investigación, el defensor de A le había solicitado que fuera a su oficina para hacerle unas preguntas, allí la instruyó sobre sus derechos. Ella estaba en condiciones de hablar y brindó información desincriminante sobre A. El defensor confeccionó un «acta» sobre este interrogatorio. El tribunal no valoró esta información. ¿Es correcto?
186. ¿Qué excepciones realiza la jurisprudencia a la prohibición de valoración absoluta del § 252?
187. ¿También es aplicable el § 252 cuando en el juicio oral el testigo primero invoca su derecho de abstenerse de prestar testimonio y luego, sin embargo, declara?
188. ¿También es aplicable el § 252 cuando el testigo tiene el derecho de abstenerse a responder preguntas de conformidad con el § 55?
189. La testigo A con su declaración ante la policía incriminó gravemente a B. Durante el juicio oral, se casa en apariencia con B y luego invoca su derecho de abstenerse de prestar testimonio. ¿Puede ser interrogado el funcionario policial?
190. Los agentes encubiertos habitualmente son bloqueados en virtud del § 110b, inc. 3.º, 3.ª oración en relación con el § 96 o bien de una aplicación analógica del § 96. Sin embargo, no siempre es necesario (y admisible) este bloqueo absoluto, especialmente bajo la perspectiva de la afectación de los derechos de los intervinientes en el proceso. ¿Cómo se determina en un caso concreto el medio menos gravoso, pero a la vez suficiente?
191. ¿Qué puede o debe hacer el tribunal, cuando un agente encubierto es bloqueado, pero el defensor solicita su interrogatorio como testigo?

Comentarios desde la perspectiva española

I. REGLAS FUNDAMENTALES

Al igual que en Alemania, en España también se «prioriza» la prueba personal sobre la material, de forma que las declaraciones o percepciones de los testigos y peritos, así como del propio sujeto imputado cuando decida declarar, se introducen mediante su interrogatorio en el juicio oral de forma que el tribunal pueda apreciar directamente las mismas. Esta regla general, consecuencia del principio de inmediación, admite –no obstante– excepciones a través de las que se da en-

trada a juicio oral declaraciones vertidas en fase de investigación o actuaciones realizadas en la misma, siempre en la forma legalmente prevista.

II. LECTURA DE ACTUACIONES REALIZADAS EN FASE DE INVESTIGACIÓN

Si bien todas las actuaciones realizadas en fase de investigación, dado que no tiene valor probatorio, deben reproducirse en la forma legalmente prevista en el juicio oral para su apreciación por el tribunal; son varios los supuestos en que la legislación española permite proceder a la lectura de actuaciones practicas en sede de investigación siempre que se respeten unas garantías concretas.

En general, esta posibilidad se contempla siempre que se trate de actuaciones no reproducibles en el juicio oral, en la que haya intervenido la autoridad judicial encargada de la investigación, con respeto al principio o garantía de contradicción. Su reproducción se realización, como hemos indicado, a través de la lectura de las actuaciones practicadas.

Los supuestos que la legislación española contempla son los siguientes:

***a*)** Preconstitución de la declaración de testigos. La Lecrim contempla dos situaciones con matices muy distintos, por ello deben tomarse todas las cautelas del art. 449 bis Lecrim:

1) El artículo 448 permite que cuando se prevea que un testigo no podrá concurrir por ausentarse del territorio nacional o concurriese motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, se mandará por el juez instructor practicar la declaración inmediatamente, asegurando la contradicción entre las partes y su presencia en el acto de la declaración, así como la defensa técnica del investigador. Dicha declaración, podrá ser leída en el juicio oral.

2) El nuevo artículo 449 ter contempla la necesaria preconstitución de la prueba en caso de que deban declarar como testigos menores de catorce años o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección en procesos que tengan por objeto delitos de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo. En estos casos, la audiencia al testigo se realizará siempre como prueba preconstituida con todas las garantías exigidas para la práctica de la prueba en el juicio oral, las cautelas previstas en el propio artículo 449 ter y las del art. 449 bis. Esta declaración se grabará para su reproducción en el juicio oral.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

***b*)** La imposibilidad de reproducción de la diligencia de investigación. El art. 730 Lecrim permite la lectura o reproducción a instancia de cualquiera de las partes de las diligencias practicadas en la investigación cuando no puedan ser reproducidas en el juicio oral. La imposibilidad a que se refiere este artículo puede ser previsible o imprevisible, con consecuencias distintas para el cumplimiento del principios de contradicción. Si la imposibilidad era previsible, en la actuación concreta debe respetarse en todo caso el principio de contradicción, pues dicha previsibilidad permite adoptar las medidas adecuadas para ello (por ejemplo, la realización de un análisis).
Si la imposibilidad es imprevisible (súbito fallecimiento de un testigo), la contradicción no puede cumplirse, si bien ante la posible pérdida de los resultados de la actuación concreta se permite la lectura de las mismas en juicio oral, siempre a instancia de alguna de las partes, y en ese momento son sometidas a contradicción.

***c*)** Contradicción entre las diligencias de investigación y actos de prueba. El art. 714 Lecrim permite, también a instancia de las partes, que se proceda a la lectura en el juicio oral de la declaración de un testigo cuando sea divergente o contradictoria con la prestada o prestadas en fase de investigación, y el tribunal «invita» al testigo a que explique el motivo de dichas diferencias o contradicciones. Si bien el art. 714 hace referencia únicamente al testigo, la jurisprudencia ha extendido esta posibilidad a las declaraciones del propio acusado y de los peritos. Habiéndose procedido a la lectura y otorgada la posibilidad de «explicarse», el tribunal puede tomar en consideración la declaración que le parezca más acorde a los hechos y pruebas practicadas. Ahora bien, si la declaración de que se trata es la única prueba de cargo de que dispone el tribunal para dictar la sentencia, el respecto absoluto al principio de presunción de inocencia obliga a tomar en consideración únicamente la declaración vertida en juicio oral, con las consecuencias que proceda.

III. EL VALOR COMPLEJO DEL ATESTADO POLICIAL

Como se ha indicado en el § 7, la actividad de investigación realizada por la Policía Judicial respecto de un hecho delictivo (arts. 13, 438, 492, 712 o 741, I Lecrim), se plasma en el atestado policial. Dicho atestado tiene legalmente la consideración de denuncia (art. 297, I Lecrim), por lo que los policías que lo practicaron deberán declarar como testigos en el juicio oral, ratificándose en lo documentado en el mismo, para su valoración judicial. Siendo esta la regla general, debe matizarse atendiendo al verdadero contenido del atestado policial, que puede llegar a ser muy complejo.

Así, en el atestado podemos encontrar, además de las apreciaciones o valoraciones de los policías, que necesariamente deben ser ratificadas ante el tribunal, otras actuaciones que van más allá de estas apreciaciones. Es el caso de los dictámenes o informes que se realizan por gabinetes especializados como

dactiloscopias, diversos análisis químicos, balísticos o similares, a los que jurisprudencialmente se les reconoce el valor de auténticos dictámenes periciales. Lo mismo se puede decir de diligencias de carácter objetivo y de resultado incuestionable, como la recuperación de drogas u otros instrumentos del delito, a los que se reconoce valor probatorio (documental o pericial). En estos casos, sin perjuicio de la declaración testifical del policía que intervino, los informes o documentos se llevan al juicio oral para su apreciación directa por el tribunal.

IV. EL TESTIGO DE REFERENCIA

La jurisprudencia española ha admitido la validez de la declaración del testigo de referencia, es decir, de quien no ha presenciado directamente los hechos delictivos, que encuentra su aval legislativo en el art. 710 Lecrim. Dicha norma exige que el testigo de referencia debe indicar la denominada «razón de ciencia», es decir, el origen de su conocimiento (por ejemplo, que un testigo directo le narró lo que había visto o que la víctima, testigo cualificado, le contó los hechos sufridos). Es, precisamente, la razón de ciencia lo que permite al tribunal valorar la credibilidad de su declaración.

Sin perjuicio del tenor del art. 710, la práctica de los tribunales españoles se muestra relativamente reacia a la utilización de esta figura, de ahí que cuando sea la única prueba de cargo su declaración, no se considera desvirtuada la presunción de inocencia.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Capítulo 28. Prohibiciones probatorias

I. CONCEPTO

Existen prohibiciones de recolección y prohibiciones de valoración probatoria.[993]

1. Prohibiciones de recolección probatoria

Las prohibiciones de recolección probatoria prohíben proveerse de pruebas sobre un tema determinado, con ciertos medios o métodos de prueba.

a) Prohibiciones del tema de prueba

(1) Proscriben esclarecer determinados hechos.

> **Ejemplos**: Un hecho es notorio y por lo tanto no demanda prueba; un hecho ya está probado (§ 244, inc. 3.°, 2.ª oración).

Un requerimiento de prueba, dirigido a tomar conocimiento de las deliberaciones del tribunal, debe ser rechazado por inadmisible (§ 244, inc. 3.°, 1.ª oración; cf. *supra* § 25 nm. 18), porque se opone el secreto en la deliberación (§ 43 DRiG) y, por consiguiente, es inadmisible la recolección probatoria sobre este tema.

Penas anteriores ya cumplidas no pueden ser materia de debate (§ 51, inc. 1.° BZRG).

b) Prohibiciones del medio de prueba

(2) Ellas no excluyen un tema de prueba, sino su esclarecimiento mediante determinados medios de prueba.

---

993. Cf. en general Rogall, *ZStW* 91 (1979), 1 ss.; de manera fundamental, Ambos (2010), 21. Casos sobre prohibiciones de valoración probatoria, Rose/Witt, *JA* (1998), 400.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Ejemplos: Declaraciones testimoniales, cuando el testigo hace uso de su derecho de abstenerse a prestar declaración testimonial; prueba documental a través de instrumentos que están bloqueados (§ 96).

c) Prohibiciones del método de prueba

(3) El medio de prueba puede utilizarse, pero no de cualquier manera.

Caso principal: § 136a.

Esta clasificación de las prohibiciones de recolección probatoria, si bien ilustra la temática, no tiene relevancia dogmática.

2. Prohibiciones de valoración probatoria

Las prohibiciones de valoración probatoria prohíben la valoración de la información que se ha obtenido a través de una recolección probatoria o de otra manera.

a) Prohibiciones de valoración probatoria dependientes

(4) Las prohibiciones de valoración probatoria dependientes son la consecuencia de una prohibición de recolección probatoria. Algunas están reguladas en la ley (especialmente § 136a, inc. 3.° y § 100d, inc. 2.º, 1.ª oración).[994]

La mayoría, empero, resulta de reflexiones sobre el fin de protección de la norma infringida, o de argumentaciones en materia de derechos fundamentales, y ponderaciones entre el interés en la protección jurídica individual y el fin de dar con la verdad del modo más completo posible (en detalle, *infra* nm. 8 ss.). No existe una regla general al respecto.[995] La cuestión de cuándo se sigue una prohibición de valoración de una prohibición de recolección probatoria se decide caso a caso. Depende de la respectiva norma infringida, pero también de la situación de los intereses. Solamente es seguro que no toda infracción a una prohibición de recolección desencadena una prohibición de valoración.[996]

b) Prohibiciones de valoración independientes

(5) También está consolidado que existen prohibiciones de valoración en casos en los que la obtención de la prueba no fue defectuosa, o sea, en los

994. Más ejemplos en Beulke/Sowada, nm. 456.
995. Gössel, *GA* (1991), 483 ss.; Schroth, *JuS* (1998), 969.
996. *BGHSt* 19, 325, 331; 38, 372; BVerfG, NZV (2012), 343: «Constitucionalmente no existe ninguna regla jurídica que establezca que, en el caso de una recolección probatoria jurídicamente defectuosa, la valoración de las pruebas obtenidas sea siempre inadmisible».

que la información se obtuvo por vías lícitas. Aun así, puede estar prohibido valorarla.[997]

Ejemplo: La vigilancia telefónica se ordena lícitamente, pero el interlocutor del imputado revela que este ha cometido un delito que no pertenece al catálogo de hechos punibles del § 100a (cf. *supra* § 10 nm. 46).

II. LA FUNCIÓN DE LAS PROHIBICIONES PROBATORIAS

(6) El tribunal debe averiguar la verdad. Esta finalidad está delimitada a los puntos preestablecidos como relevantes por el derecho material. Para ello, puede utilizar solo los medios de prueba admitidos, del modo reglamentado en la StPO (procedimiento probatorio estricto). Esta verdad, pues, no es la «verdad total» en un sentido histórico o coloquial, sino únicamente en un sentido jurídico. Ello se corresponde con la «esencia» del juicio, que el tribunal debe honrar íntegramente. Debe atender a los límites que le son trazados por las prohibiciones probatorias. Las prohibiciones de recolección probatoria demarcan el deber de esclarecimiento. Las prohibiciones de valoración no admiten que sean procesadas todas las informaciones disponibles; obligan así al juez a suprimir parcialmente su conocimiento, y le impiden de este modo una valoración probatoria completa. Las prohibiciones probatorias (en sus dos manifestaciones) provocan que la verdad permanezca incompleta y que adquiera rasgos ficticios. El derecho no trabaja de forma inescrupulosa empíricamente, sino que toma en consideración otros intereses y costos normativos, la amenaza de pérdidas y perjuicios en otros lugares. La verdad no puede averiguarse a cualquier precio.[998]

(7) Con esto surge la cuestión relativa a qué intereses deben asegurarse por medio de las prohibiciones probatorias. En primer lugar, por cierto, son los intereses jurídicamente tutelados de quien resultaría perjudicado por la valoración de la información; es decir, los intereses individuales. Pero las prohibiciones probatorias actúan también de forma preventivo-general: ellas impiden que las autoridades de la persecución penal realicen acciones inútiles porque sus resultados no podrán ser valorados. La opinión mayoritaria no ve en esto un fin, sino solo un deseado efecto colateral de las prohibiciones probatorias (a diferencia, p. ej., de la doctrina angloamericana). No todas las prohibiciones probatorias establecen obstáculos en el camino hacia la verdad. Algunas de ellas, por el contrario, sirven para evitar la valoración de conocimientos que son dudosos en su veracidad (como, p. ej., la confesión arrancada).

997. Cf. Küpper, *JZ* (1990), 416; Ambos (2010), 23.
998. *BGHSt* 14, 358, 365; 31, 304, 308; 38, 214, 219; desde el punto de vista constitucional cf. BVerfG, *NJW* (2011), 2783, 2784.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

III. LA CONSTRUCCIÓN DE LAS PROHIBICIONES PROBATORIAS

(8) La búsqueda de un sistema de prohibiciones de valoración, en el sentido de una única idea fundamental que las comprenda y que permita la deducción de nuevas prohibiciones probatorias, permanece, hasta el día de hoy, sin resultados que sean unánimemente aceptados.[999] Esto obedece, por un lado, al punto de partida, en el que se superponen diversos intereses (cf. *supra* nm. 6). A esto se agrega que, por lo general, debe adoptarse una decisión «sí o no», es decir, o bien admitir, o bien prohibir la valoración. Por cierto, es concebible que la valoración de la prueba contaminada se autorice con un valor probatorio reducido (como, p. ej., la valoración según el § 251, inc. 2.°, en lugar del inc. 1.°; cf. *supra* § 27 nm. 5). Pero los motivos y los límites de un procedimiento semejante de «más o menos» aún no han sido definidos. Y, finalmente, está la cuestión de si el afectado puede disponer de la información y permitir la valoración, o si los derechos fundamentales y el principio del Estado de derecho excluyen que se le permita decidir al respecto (cf. § 136a, inc. 3.°, 2.ª oración). A este problema complejo no se le puede hacer frente con soluciones unidimensionales.

1. Teoría del ámbito de derechos

(9) Esa era la debilidad de la teoría del ámbito de derechos, desarrollada y defendida antiguamente por el BGH. Se basaba puramente en si la «infracción afecta esencialmente el ámbito de derechos del recurrente, o si aquella es para este solo de importancia secundaria o nula».[1000] De acuerdo con esto, el acusado no estaba afectado en sus derechos cuando el testigo no había sido instruido sobre su derecho de abstenerse de responder preguntas de conformidad con el § 55, y había declarado. Pero el acusado, ¿no tiene también el derecho a un proceso regular, formalmente correcto[1001] y, además, a una declaración que el testigo haga libre de conflictos y sin incriminarse? Se agrega a esto que, en materia de casación, el BGH había señalado que la respuesta a la pregunta de si una infracción jurídica puede ser impugnada por el acusado en el marco de la casación, no ha de coincidir forzosamente con la respuesta a la pregunta de si dicha infracción implica reconocer una prohibición de valoración probatoria. La casación sirve (al menos también) a fines distintos que los de una prohibición probatoria.

> **Ejemplo**: Puede impugnarse que la publicidad ha sido ampliada ilícitamente; no obstante, aún no está dicho que no puedan valorarse las declaraciones efectuadas en un proceso defectuoso en ese sentido.

---

999. Cf. Amelung, *NJW* (1991), 2533; Beulke, *StV* (1990,) 184; Chr. Jäger (2003); Ambos (2010), 41.
1000. *BGHStGrS* 11, 213, 215; *BGHSt* 38, 214, 220.
1001. Fezer, *JuS* (1978), 325, 327 ss.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

El *BGH*, entretanto, se ha apartado de la teoría del ámbito de derechos.[1002]

2. La teoría del fin de protección de la norma

(10) Esta teoría no se emplea de modo universal, sino más bien, solo allí donde hay una norma. En el ámbito de las prohibiciones de valoración dependientes, ella contribuye a fundar adecuadamente, si y cuando se configura una prohibición probatoria como consecuencia de una prohibición de recolección.[1003] Su debilidad radica en que no siempre puede estarse seguro acerca del fin de protección (cf. solamente, p. ej., respecto del § 55 StPO, caso 1, *supra* § 21 nm. 14). Para el vasto campo de las prohibiciones de valoración independientes se necesita otra fórmula. Aquí no son infringidas normas procesales por un proceder defectuoso, sino derechos fundamentales del afectado, lo cual, por sí solo, no permite concluir forzosamente la existencia de una prohibición de valoración.

3. La teoría de la ponderación

(11) Esta teoría decide caso por caso y pondera:

- por un lado, el interés en el hallazgo de la verdad y en la administración efectiva de la justicia penal, el delito imputado y la gravedad del reproche;
- por otro lado, la importancia del interés afectado y el peso de la infracción en contra de una norma procesal, si es que esta existe.

Este es el punto de vista de la jurisprudencia y la opinión dominante en la literatura.[1004] El criterio del fin de la norma también es incluido; constituye un punto esencial en la ponderación. En palabras del BGH (BGHSt 38, 214 y 219 s.):

«La decisión a favor o en contra de una prohibición de valoración debe adoptarse sobre la base de una ponderación amplia.[1005] En ella son de importancia el peso de la infracción procesal, así como su significado para la esfera jurídicamente protegida del afectado, del mismo modo que la consideración de que la verdad no debe ser averiguada a cualquier precio.[1006] Por otro lado, debe también tenerse en cuenta que las prohibiciones de valoración perjudican la investigación de la verdad[1007], y que el Estado, según la jurisprudencia del Tribunal

---

1002. BGHSt 42, 73, 77. Pero aquellos que son dados por muertos viven más: cf. BGH, *NStZ* (2009), 345 y *NStZ-RR* (2016), 377.
1003. Grünwald (1993), 155; Rudolphi, MDR (1970), 93; KMR/Paulus, § 244 nm. 516 ss.; Frisch, en Rudolphi-Symposium, (1995), 182 ss.
1004. Cf. por todos, Rogall, *ZStW* 91 (1979), 31.
1005. BGHSt 19, 325, 329; 27, 355, 357; 31, 304, 307; 35, 32,34; 37, 30, 32; BGH *NStZ* (2016), 111, 113; Rogall, *ZStW* 91 (1979), 31.
1006. BGHSt 14, 358, 365; 31, 304, 309; cf. también *BVerfGE* 34, 238, 247 y BVerfG, *StV* (1990), 1, 2.
1007. BGHSt 28, 122, 128; 37, 30, 32.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Constitucional, debe garantizar una administración de justicia penal eficiente, sin la cual no puede realizarse la justicia.[1008] Si la norma procesal que ha sido infringida no sirve preferentemente a la protección del imputado, resulta pues extraña una prohibición de valoración; un ejemplo es la infracción del § 55.[1009] Por otra parte, una prohibición de valoración es evidente cuando la norma procesal vulnerada está orientada a asegurar los fundamentos de la posición jurídico-procesal del imputado o del acusado en el proceso penal».

4. La teoría del derecho de dominio sobre la información

(12) En todas las prohibiciones de valoración debe decidirse sobre si puede emplearse la información que las autoridades de investigación se han procurado. Si esto ha ocurrido ilegalmente, existe siempre una injerencia en el derecho a la autodeterminación informativa. Esta única circunstancia, sin embargo, no priva al imputado de su facultad de disposición, es decir, su «derecho de dominio sobre la información».[1010] Una prohibición de valoración absoluta, independiente de su voluntad, no neutralizaría la injerencia en su derecho de autodeterminación, sino que la intensificaría.

> **Ejemplo**: Un diario personal, que contiene los sentimientos más íntimos, ha sido objeto de una incautación. La ponderación constitucional, finalmente escalonada, no toma en consideración la voluntad del afectado (cf. *infra*, nm. 38). Pero si él quisiera que el diario sea leído para documentar su situación frente al hecho, ¿por qué no debería permitirse que esto ocurra? En la vigilancia ilegal a las telecomunicaciones, el BGH ha catalogado la prohibición de valoración como disponible para el (único) afectado.[1011]

Respecto de muchas prohibiciones de valoración, esta fórmula contribuye a una argumentación más precisa que la –algo vaga– teoría de la ponderación. Es improbable que ella pueda evolucionar hacia una teoría omnicomprensiva de las prohibiciones probatorias, porque difícilmente podría integrarse el derecho de dominio sobre la información de terceros.

> **Ejemplo**: El teléfono del acusado ha sido interceptado sin que estuvieran configurados los presupuestos legales. En una de las conversaciones grabadas, el único testigo de cargo ha admitido que quiere destruir al acusado y que para eso, en caso de emergencia, está dispuesto a cometer falso testimonio. El acusado no podrá hacer valer su comprensible deseo de reproducir esa cinta.[1012] Este problema de la valoración selectiva (*Rosinentheorie*) aún no ha sido resuelto (cf. también *infra* nm. 38 s.).[1013]

1008. *BVerfGE* 44, 353, 374; 46, 214, 222; 51, 324, 344; 74, 257, 262; cf. también *BVerfGE* 33, 367, 383; 34, 238, 248; 77, 65, 76; NZV (2012), 343, 343.
1009. BGHSt 1, 39; 11, 213; BGH, *NStZ* (2016), 111, 113.
1010. Fundamental, Amelung (1990).
1011. BGH, *NStZ* (2006), 402.
1012. Ejemplo tomado de Hamm, *StraFo* (1998), 361, 363; cf. además, Amelung, sobre la crítica a su teoría, en FS Bemmann (1997), 505.
1013. Permanece abierto en BGH, *NStZ* (2005), 700. BGH, *JR* (2012), 386, 388 subraya que en el caso de que se afecte a un ámbito nuclear, «queda excluida cualquier valoración de la información obtenida al

5. Resumen

(13) El concepto de prohibición de valoración probatoria no puede desarrollarse a partir de una única idea fundamental, ni puede definirse de tal modo que sus criterios sean correctos en todos los casos en los que se aplique. Si se desarrollan las prohibiciones de valoración para los casos individuales y luego se las compara, se advierte que existe una «familiaridad»: los elementos del concepto aparecen en una combinación cambiante. Cuál de las fórmulas explicadas aquí es la que domina, depende de la situación del caso concreto. A estos elementos, que caracterizan el concepto de la prohibición de valoración probatoria, pertenece también el argumento del curso de investigación hipotético (cf. ya *supra* § 9 nm. 28).

6. El curso de investigación hipotético

> **(14) Ejemplo**: La policía ha ordenado y realizado un registro y una incautación, sin que hubiera peligro en la demora. Ella hubiera podido recabar la orden judicial, y la hubiera obtenido sin más trámite.

Si se admite este argumento, la competencia del juez podría ignorarse sin consecuencias.[1014] El argumento de la función preventivo-general de las prohibiciones de valoración (cf. *supra*, nm. 7), escasamente valorado por la opinión dominante, no obstante, tiene en diversos casos, una gran importancia. El BGH, en un principio, consideró que las pruebas obtenidas en un registro defectuoso –como el de arriba– podían valorarse de todas maneras, porque la medida no era arbitraria, ni estaba «afectada por una irregularidad especialmente grave», y porque no se oponían «obstáculos jurídicos» al curso hipotético;[1015] recientemente, sin embargo, excluyó de una consideración hipotética de esta naturaleza la elusión consciente o el desconocimiento gravemente defectuoso de la reserva judicial (cf. *supra* § 10 nm. 58).

En otros grupos de casos, el argumento de que el resultado probatorio hubiera podido obtenerse por otras vías lícitas es, en principio, razonable. No se configura una prohibición probatoria cuando no solo era posible, sino que muy probable, que la alternativa lícita hubiera sido exitosa.

> **Ejemplo**: El imputado, víctima de maltrato (§ 136a), conduce a la policía al granero en el que ha ocultado el cadáver. La policía pretendía examinar esta propiedad con perros, dispositivos de búsqueda, etc., durante los días siguientes. Esta alternativa debe ser concreta. La sola reflexión de que se hubiera logrado el hallazgo si se hubiera buscado allí, de seguro, no es suficiente.

---

respecto en el proceso penal».

1014. Panorama y crítica fundamental en Jahn/Dallmeyer, *NStZ* (2005), 297 ss.

1015. BGH, *NStZ* (2004), 449.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Lo anterior debe quedar reflejado en detalle los siguientes grupos de casos. La exposición en conjunto de las prohibiciones de valoración probatoria contiene, en parte, remisiones a casos ya tratados y ampliaciones al respecto, así como también el comentario a situaciones aún no analizadas.

IV. CASOS PARTICULARES: PROHIBICIONES DE VALORACIÓN PROBATORIA DEPENDIENTES

Se trata de:

- las consecuencias de haber irregularmente omitido instruir a alguien sobre los derechos que le corresponden como testigo, y de otras prohibiciones de valoración a favor de los testigos (*infra* nm. 15-21);
- infracciones de normas que sirven a la protección del imputado (*infra* nm. 22-26);
- las consecuencias de medidas de coacción irregulares (*infra* nm. 27-36).

1. Declaración testimonial sin instrucción conforme al § 52, inc. 3.°

(15) Los familiares que deben declarar como testigos tienen que ser instruidos, antes de cada interrogatorio, acerca de su derecho de abstenerse a prestar testimonio (§ 52, inc. 3.°, 1.ª oración; también en los interrogatorios ante la fiscalía y la policía, §§ 161, inc. 1.°, 2.ª oración y 163, inc. 3.°, 2.ª oración). Si tal cosa no ocurre, sus declaraciones no pueden valorarse, es decir, no pueden leerse ni reconstruirse a través del interrogatorio de la persona que les tomó la declaración. Esto se sigue del fin de protección del derecho de abstenerse a prestar testimonio: la consideración del vínculo familiar.[1016] La prohibición también rige después de la muerte del testigo.[1017] Pero si el testigo conocía su derecho, no hay prohibición de valoración.[1018] Desde el punto de vista de la casación, la sentencia, en tal caso, no se funda en un error. En la terminología de las prohibiciones probatorias: si se hubiera impartido la instrucción, el curso del proceso no hubiera sido diferente.

2. La persona de confianza (§ 53) viola el secreto profesional (§ 203 StGB)

(16) Como miembro de los grupos profesionales mencionados en los §§ 53 y 53a, se conoce el derecho de abstenerse a prestar testimonio. No existe un deber

1016. *BGHStGrS* 11, 213, 216.
1017. De otra opinión, *BGHSt* 22, 35.
1018. BGHSt 38, 214, 225; 40, 336, 339.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

de instruir por esta razón. El tribunal solo puede cometer irregularidades cuando, en contra de su deber de asistencia, no instruye a quien cree errónea y manifiestamente que está obligado a declarar, o cuando el propio tribunal sostiene la información objetivamente errónea, de que el testigo está liberado de su deber de secreto profesional y, por tanto, obligado a prestar declaración testimonial (§ 53, inc. 2.°).[1019] Estas irregularidades acarrean una prohibición de valoración probatoria.

(17) Sin embargo, no se suscita una prohibición de valoración si el médico, abogado, etc., no hace uso de su derecho de abstenerse de prestar testimonio y declara.[1020] Procesalmente, él solo está legitimado a denegar el testimonio, pero no obligado a ello. A favor de una prohibición de valoración cuenta que él, con una declaración, probablemente arriesgue la imposición de una pena y decepcione seriamente la confianza de su cliente, paciente, etc. De todas maneras, los mejores argumentos sugieren lo contrario. El tribunal, primero, debería evaluar en detalle la punibilidad de la conducta; no todo hecho confiado (§ 53) es al mismo tiempo un secreto (§ 203 StGB), y la cuestión de si este fue revelado «sin estar autorizado» puede resultar dificultosa. Con el derecho de abstenerse de prestar testimonio se protege, sobre todo, la confianza general en la discreción de la institución (medicina, abogacía, etc.). La protección de la confianza concreta e individual en la discreción del interlocutor es un efecto colateral, no el fin primario de la norma.

3. Declaraciones testimoniales sin autorización, § 54

(18) Los temas de prueba, a los que se refiere el deber oficial de discreción, no pueden averiguarse a través del medio de prueba de la declaración testimonial sin una autorización. El fin de esta norma no es proteger al acusado, sino resguardar el secreto oficial. Si el testigo de todas maneras declara, este fin ha fracasado, y una prohibición de valoración ya no podría impedir los daños. Por ambas razones, la opinión mayoritaria rechaza correctamente una prohibición de valoración.[1021]

4. Declaración testimonial sin instrucción conforme al § 55, inc. 2.°

(19) El *BGH* desarrolló la teoría del ámbito de derechos para este grupo de casos,[1022] con lo cual denegó una prohibición de valoración bajo el argumento de que la norma solo debe proteger al testigo frente a consecuencias adversas (cf. *supra* § 21 nm. 15 s. y § 27 nm. 1). Que el acusado también debe ser protegido de

1019. BGH, MDR (1980), 815; *BGHSt* 42, 73, 76, con nota de Welp, en *JR* (1997), 35.
1020. Opinión dominante en *BGHSt* 9, 59; 18, 146 s.; BGH, *NStZ* (2018), 362; LR/Ignor/Bertheau, § 53 nm. 12. En contra, Beulke/Swoboda, nm. 462, con referencias adicionales.
1021. BGH, MDR (1951), 275; Grünwald, *JZ* (1966), 498 (discutido).
1022. *BGHStGrS* 11, 213.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

declaraciones de dudosa veracidad, si bien es correcto, ello ha de ser ponderado durante la valoración de la prueba, del mismo modo que la no menos dudosa –y susceptible de valoración según el sistema de la StPO– declaración de un coimputado.[1023]

5. Infracción de una prohibición de incautación, § 97

(20) Las prohibiciones de valoración a favor del testigo se completan mediante una prohibición de emplear material obtenido merced a una infracción de la prohibición de incautación del § 97 (cf. *supra* § 10 nm. 36).[1024]

6. Denegación del testimonio en el juicio oral, § 252

(21) Esta prohibición de valoración ya ha sido comentada ampliamente (cf. *supra* § 27 nm. 8 ss.). Se menciona aquí en el contexto de los derechos del testigo, pero, en rigor, pertenece a las prohibiciones de valoración independientes, toda vez que no presupone una infracción contra los deberes de instrucción u otras normas procesales.

7. Instrucción irregular del imputado

El principio *nemo tenetur* se protege mediante una prohibición de valoración (cf. *supra* § 9 nm. 11).

a) Excepciones

(22) La posibilidad de realizar una valoración en el caso de que el defensor no presente una objeción (cf. *supra* § 9 nm. 11)[1025] es dudosa por múltiples razones. Por un lado, en atención a la injerencia en el derecho a la autodeterminación informativa, lo más lógico, respecto del imputado y una eventual valoración, sería exigir su consentimiento expreso. Además, se impone la carga de la subsanación equivocadamente en el defensor, como a un órgano de la Administración de Justicia, cuando subsanar los defectos procesales es asunto del tribunal.[1026] Por otra parte, perturba la tendencia de la jurisprudencia de atribuir al imputado los errores y las omisiones del defensor.[1027]

1023. Sobre la opinión minoritaria divergente, Roxin/Schünemann, § 24 nm. 48.
1024. *BGHSt* 18, 227, 229.
1025. *BGHSt* 38, 214, 220; 39, 349; 42, 15, 22 s.; BGH, *NStZ* (1997), 502; cf. también BVerfG, *NJW* (2012), 907, 911 aprobando la solución de la objeción.
1026. Cf. SK-StPO/Rogall, comentario previo al § 133 nm. 178; Lesch, *JA* (1995), 162; Fezer, *StV* (1997), 57.
1027. Feigen, en Rudolphi-Symposium, (1995), 161.

b) Valoración contra terceros

(23) Caso 1: A había sido interrogada primero como testigo de una compra de estupefacientes y luego, sin instrucción, como imputada. El proceso contra ella se sobresee. En el juicio oral contra B, debe declarar como testigo. Ella no puede ser interrogada en un tiempo inmediato.

La lectura, según el § 251, inc. 2.°, es admisible cuando no se haya originado una prohibición de valoración a partir del defecto en la instrucción. De acuerdo con la opinión de la jurisprudencia, la prohibición de valoración protege al propio imputado (en el caso de arriba: la situación de A), pero no a otros imputados (en el caso expuesto: la situación de B), de que se interrogue ahora a testigos que anteriormente tuvieron la calidad de imputados.[1028]

Caso 2: El proceso contra A todavía se lleva adelante, pero de forma separada del proceso contra B.

También aquí, A cumple el rol de testigo en el proceso contra B. Si ella comparece en el juicio oral contra B y se niega a responder preguntas (§ 55), no puede leerse el acta de su interrogatorio previo, toda vez que no existe un impedimento fáctico, sino uno jurídico (cf. *supra* § 27 nm. 6).[1029]

A una «situación absurda»[1030] respecto de la configuración de una prohibición de valoración, solo puede arribarse en la siguiente situación procesal:

Caso 3: La imputada A se presenta como testigo en el proceso contra B; no se la instruye sobre su derecho conforme al § 55, y declara.

Esta declaración no puede valorarse en contra de sí misma en su propio proceso. Sin embargo, B debe tolerar que la declaración de A se valore en su contra. Se trata de la situación normal del § 55, y solo puede arribarse a otro resultado si se considerara que dicha norma también cumple una función de protección respecto del imputado (en contra de la opinión mayoritaria, cf. *supra* § 21 nm. 15).

8. Medios de interrogación prohibidos; § 136a, inc. 3.°

(24) Respecto de esta prohibición de valoración (cf. *supra* § 9 nm. 18 ss.), el afectado no tiene un derecho de disposición (2.ª oración). Esto es dudoso, pues se aplica por igual frente a declaraciones falsas y correctas, tanto de cargo, como de descargo;[1031] no obstante, debe adherirse a ello por razones preventivo-generales. Por otra parte, el derecho a la autodeterminación informativa no le reconocería al imputado la facultad de disposición para autorizar solo la valoración

1028. BayObLG, *NStZ* (1994), 250; en contra, Dencker, *StV* (1995), 232; R. Hamm, *NJW* (1996), 2189.
1029. BGH, *NJW* (1984), 136; *NStZ* (1984), 211.
1030. Referida por Roxin/Schünemann, § 24 nm. 26.
1031. BGHSt 5, 290.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

de las declaraciones favorables (¿solo ellas se corresponderían con la verdad, o también las que serían falsas?).

9. El imputado en la «trampa acústica»

(25) El problema de la analogía respecto del § 136 y/o del § 136a ya fue comentado (cf. *supra* § 9 nm. 19).

10. Frustración del derecho del imputado a estar presente; §§ 168c, inc. 2.° y 168d, inc. 1.°

(26) Los resultados de un interrogatorio judicial de testigos o de una inspección ocular, obtenidos de este modo, no pueden valorarse. Junto con el derecho a ser oído, se le ha quitado al imputado la oportunidad de influir en la marcha del proceso y en el resultado probatorio.[1032] Es sumamente discutido si el acta judicial irregular puede ser leída según el § 251, inc. 2.° (cf. *supra* § 27 nm. 5).[1033] El BGH tiende solo a degradar el valor probatorio de los medios de prueba adquiridos defectuosamente.[1034]

11. Inspección corporal, § 81a

(27) Ejemplo: La muestra de sangre no fue extraída por un médico.

La prueba puede valorarse. Su valor no disminuye por la irregularidad. Los presupuestos de la norma procuran limitar los riesgos de la injerencia para la salud. Si ellos no han sido resguardados, la infracción ya no es reparable, sobre todo a través de una prohibición probatoria.[1035] Por otro lado, si se configura una prohibición probatoria cuando la orden de la medida fue conscientemente ilícita (el funcionario policial finge ante el imputado que el enfermero es médico)[1036] o cuando en la ejecución se emplean medios ilícitos. En estos casos, la infracción al principio del Estado de derecho debe ser sancionada.[1037]

1032. BGHSt 26, 332; un coimputado no puede ampararse en la infracción al deber de notificación: BGH, *NStZ* (2009), 345.
1033. En contra, AK-StPO/Achenbach, § 168c nm. 18; a favor, BGH, *StV* (1997), 512, cuando el acusado es advertido sobre la otra evaluación del acta.
1034. *BGHSt* 46, 93.
1035. Opinión dominante; *BGHSt* 24, 125, 128.
1036. Cf. OLG Hamm, *NJW* (1965), 1089.
1037. *BGHSt* 24, 125, 131. Cf. Meyer-Goßner/Schmitt, § 81a nm. 32a con más referencias, según quien la cuestión, muy discutida entretanto, de en qué medida las infracciones procesales referidas a las facultades para dictar órdenes en virtud del § 81a dan lugar a prohibiciones de valoración, ha perdido gran parte de su importancia como consecuencia de la nueva versión del § 81a inc. 2.º (*supra* § 10 nm. 24).

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

(28) La cuestión de si puede esgrimirse la idea del curso hipotético para valorar una muestra de sangre extraída con otros fines, pero que podría haberse obtenido según el § 81a, es muy discutida.[1038]

12. Vigilancia de las telecomunicaciones (§§ 100a, d) y registro (§§ 102 ss.)

(29) Las prohibiciones de valoración ya han sido expuestas precedentemente; cf. *supra* § 10 nm. 44 ss. y 58.

13. Investigaciones encubiertas

a) El empleo de agentes encubiertos, §§ 110a ss.

(30) Los presupuestos están regulados de forma similar a los de la vigilancia telefónica. Por consiguiente, se aplican los principios sobre prohibición de valoración desarrollados allí.[1039] Para el empleo dirigido a un objetivo, o para el que tiene lugar en viviendas, cuando existe peligro en la demora, debe recabarse la aprobación del juez dentro de los tres días (§ 110b, inc. 2.°, 4.ª oración). Si, sin embargo, esta no se recaba o si ella es denegada, se mantiene la posibilidad de valorar la prueba obtenida en los primeros tres días.[1040]

b) El empleo de informantes, personas de confianza y funcionarios policiales que investigan de forma oculta

(31) El empleo de informantes, personas de confianza y funcionarios policiales que investigan de forma oculta carece de toda regulación legal. Es incierto cuándo es inadmisible y, por tanto, tampoco está claro cuándo tiene lugar una prohibición de valoración.[1041] El BGH ha discutido en detalle estas cuestiones –aunque las ha dejado sin respuesta–, a partir del caso en el que un comprador aparente de la policía ingresa en el domicilio del imputado.[1042]

1038. LG Celle, *NStZ* (1989), 385; OLG Zweibrücken, *NJW* (1984), 810; en detalle, Heinrich (1996); resumido en Roxin/Schünemann, § 24 nm. 50.
1039. *BGHSt* 42, 103.
1040. *BGHSt* 41, 64, 66; con nota de Rogall, *JZ* (1996), 260.
1041. Cf. KKStPO/Bruns, § 110a nm. 9.
1042. BGH, *StV* (1997), 233; con nota de Roxin, *StV* (1998), 43. Detalladamente sobre la entrada al domicilio por parte de funcionarios policiales que investigan de forma oculta Weisser, NZWiSt (2018), 59. Cf. por lo demás sobre las prohibiciones de valoración de prueba en relación con el empleo de personas de confianza Beulke/Swoboda, nm. 481 s. con más referencias, que consideran que la situación legal es «completamente confusa».

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

c) Conocimientos acerca de terceros

(32) Un agente encubierto que está asignado a la investigación de un imputado (§ 110b, inc. 2.°, n.º 1) se encontrará a menudo con las personas de contacto de este y se enterará de sus delitos. Este material puede valorarse si se trata de hechos del catálogo (como en la vigilancia telefónica; cf. *supra* § 10 nm. 46).[1043] Si lo obtiene mediante el empleo de medios técnicos no rige el § 100a, sino que aplican los §§ 110a ss. Esta distinción debe ser establecida toda vez que los catálogos del §§ 100a ss. y del § 110, inc. 1.° no son idénticos.

Para el empleo de informantes, personas de confianza y funcionarios policiales que investigan de forma oculta, no existe ningún catálogo y, por consiguiente, ninguna pista en torno a los casos en los cuales los conocimientos referidos a terceros no deben valorarse.

d) Deberes de instrucción

(33) Estos deberes operan cuando se investiga manifiestamente y el funcionario interroga imputados o testigos. En las investigaciones encubiertas, una instrucción significaría el fin de la medida. Esto se entiende por sí mismo. Otra cuestión es si los conocimientos así obtenidos pueden valorarse; el legislador, que conoce el problema y la jurisprudencia más reciente,[1044] la dejó abierta. Dado que las facultades del agente encubierto, dejando de lado la actuación bajo una personalidad apócrifa, se rigen de acuerdo con la StPO (§ 110c), se aplican las reglas generales. Se debe aclarar en primer lugar qué significa «interrogatorio» en este contexto. Lo que el agente encubierto oye, y aquello de lo que se entera, no es el resultado de un interrogatorio, toda vez que él no se da a conocer como una persona que interroga, de carácter oficial (cf. *supra* § 9 nm. 20).[1045] Por otra parte, el afectado que cree mantener una conversación privada sabe que queda a su criterio lo que dice y lo que calla. La situación cambia si el agente encubierto monta una conversación similar a un interrogatorio e intenta esclarecer delitos ya cometidos (a diferencia del caso 8, *supra* § 10 nm. 63). Ni siquiera aquí sería sensato activar el deber de instruir. Pero el desconocimiento intencional de las normas referidas al interrogatorio conduce a una prohibición de valoración. Con las reglas sobre el empleo de agentes encubiertos no han sido derogadas las garantías derivadas del Estado de derecho, del derecho a guardar silencio, del proceso leal y de la imposibilidad de valorar declaraciones sin instrucción.[1046] Lo mismo vale cuando debe indagarse respecto de un familiar. Si bien puede

1043. BGH, *NStZ* (1997), 294.
1044. *BGHSt* 34, 362; 38, 213.
1045. *BGHGrS* 42, 139 145.
1046. «Un agente encubierto, aprovechándose de una relación de confianza creada, no puede forzar obstinadamente a una declaración a un imputado que se ha amparado en su derecho de guardar silencio, y sonsacarle manifestaciones sobre los hechos en una indagación similar a un interrogatorio». Prohibición de valoración: BGH, *NStZ* (2009), 343; cf. también OLG Zweibrücken, *NStZ* (2011), 113 sobre la llamada técnica *Cold-Case*.

dispensarse el deber de instruir (§ 52, inc. 3.°), no puede invalidarse con ello la prohibición de valoración del § 252.[1047] Estas reglas rigen para todas las investigaciones encubiertas; también para las personas de confianza, informantes y los funcionarios policiales que investigan de forma oculta.

e) Métodos de «conversación» prohibidos, § 136a

(34) El agente encubierto puede engañar acerca de su identidad, pero, fuera de eso, no se permite nada de lo que prohíbe el § 136a. Para informantes, personas de confianza y funcionarios policiales que investigan de forma oculta, no puede regir nada diferente.

14. Investigaciones privadas

(35) «La víctima como persecutora»[1048] no es destinataria de la StPO.[1049] No está sujeta a las prohibiciones de recolección probatoria. Los límites de su ámbito de actuación los traza el derecho material. Una regla del tipo de que no puede valorarse una prueba obtenida delictivamente es desconocida por la StPO. Ella no está descartada «automáticamente»,[1050] pero tampoco debe admitirse sin límite alguno. De todas maneras, es posible establecer reglas generales para casos extremos infrecuentes: no pueden valorarse pruebas que el particular se ha procurado de forma extremadamente lesiva de los derechos humanos (opinión dominante en la literatura,[1051] pero ¿por qué no basta con que la injerencia haya sido lisa y llanamente contraria a los derechos humanos? ¿Y qué quiere decir esto? ¿Es contrario a los derechos humanos mantener a alguien en «arresto» hasta que confiese?). Lo decisivo no es si la prueba fue obtenida ilícitamente, sino si su valoración en el proceso representaría una (nueva, reiterada) violación jurídica. Sea como fuere, los problemas relacionados con la obtención de pruebas por parte de los particulares también surgen en asuntos relacionados con el extranjero. En relación con el «escándalo tributario de Liechtenstein», en cuyo contexto las autoridades alemanas se sirvieron de informantes (extranjeros) para obtener información, el BVerfG adoptó la posición de que «únicamente los delitos cometidos por el informante no deben tenerse en cuenta desde el principio al evaluar una posible prohibición de valoración».[1052]

> **Ejemplo**: La llamada extorsiva fue grabada clandestinamente (§ 201, inc. 1.°, núm. 1 StGB; justificada por el § 34 StGB). La valoración en el proceso encuadra en el

1047. Cf. también *BGHSt* 40, 211, 216; Widmaier, *StV* (1995), 621.
1048. Así el título del libro de Hassemer/Matussek (1996); en general también *GA* (2010), 571.
1049. Cf. también Bockemühl, *Private Ermittlungen im Strafprozeß* (1996).
1050. *BGHSt* 27, 355, 357; 36, 167, 172. Brunhöber,
1051. Cf. Roxin/Schünemann, § 24 nm. 65.
1052. BVerfG, *NJW* (2011), 2417, 2420. Más detalladamente sobre la valoración procesal penal de los datos fiscales «comprados», véase Trüg, *StV* (2011), 111; detalladamente Ambos (2010), 106 ss.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

§ 201, inc. 1.°, núm. 2 StGB; ella es admisible si la situación justificante todavía persiste.

Si se discute la existencia de una prohibición de valoración, debe tenerse presente que no se trataría de una prohibición de valoración dependiente, derivada de una violación jurídica precedente, sino de una prohibición de valoración independiente. Si los particulares presentan elementos de prueba obtenidos de forma ilícita, el imputado puede ampararse, sobre todo, en que la valoración lesiona su derecho a la personalidad o su derecho a la autodeterminación informativa; no obstante, debe tolerar que se le replique que un interés prioritario de la comunidad en la persecución penal actúa de modo justificante (sobre la jurisprudencia del *BverfG*, cf. *infra* nm. 38).

(36) Si la persona privada fue impulsada por las autoridades de la persecución penal a proveerse el medio de prueba, regirán otras reglas. Aquí, lo que interesa, es si hubiera existido una prohibición de valoración en el caso de que la Fiscalía o la Policía hubieran actuado por sí mismas. Ellas no pueden eludir los límites de sus facultades de injerencia (cf. *supra* § 9 nm. 21).[1053]

V. CASOS PARTICULARES: PROHIBICIONES DE VALORACIÓN PROBATORIA INDEPENDIENTES

(37) El criterio de este grupo no se refiere al tipo de medida, ni la cuestión de si ella podía ser adoptada, sino a su efecto: la injerencia en los derechos fundamentales, sobre todo el derecho general a la personalidad. Bajo este aspecto, podrían considerarse también todas las prohibiciones de valoración probatoria dependientes. Pero, en ellas, la prohibición de valoración es ya una consecuencia del exceso que representa la respectiva medida ilícita; por consiguiente, se las excluye de las explicaciones siguientes. Restan por analizar los casos en los que la propia valoración de una prueba representa la injerencia en el derecho. Si fue obtenida ilícita (como, p. ej., la foto tomada de forma oculta en la vivienda) o lícitamente (el diario íntimo hallado durante un registro), no es el punto decisivo.

(38) La opinión dominante examina estos casos de acuerdo con la teoría de los niveles del Tribunal Constitucional.[1054] Según ella, deben diferenciarse tres niveles de la personalidad:

- el ámbito social (la vida en la oficina, en el metro subterráneo, etc.);
- la esfera privada simple («aquí soy una persona, aquí puedo ser yo»);
- la esfera íntima (dormitorio).

Con esta idea de la persona, que vive en círculos concéntricos, se dibuja una imagen de la personalidad que no solo es dudosa, sino también imprecisa. Esta

1053. *BGHSt* 44, 129.
1054. *BVerfGE* 34, 234, 245 ss.

ISBN: 978-84-18432-78-1 Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

teoría, en su aplicación al caso concreto, plantea tantos problemas como los que soluciona. Mientras que la esfera social, aún en cierta medida, puede delimitarse con claridad, determinar dónde termina la segunda esfera y dónde comienza el ámbito nuclear intangible de configuración de la vida privada, resulta ser más controvertido.[1055] Esta delimitación, no obstante, tiene una importancia fundamental. La primera esfera es abierta: aquí no hay prohibición de valoración. La tercera no es susceptible de ponderación: toda injerencia conduce a una prohibición de valoración. En las injerencias en la segunda esfera (esfera privada simple), según la doctrina dominante, debe ponderarse la gravedad del reproche y la imposibilidad de renunciar al medio de prueba, por un lado, y la gravedad de la injerencia concreta, por el otro.[1056]

1. Diarios íntimos y conversaciones

(39) Quien redacta un *diario íntimo* sobre sus hechos, no pone de manifiesto, como lo ha señalado el BGH, un «desarrollo», sino que atestigua una «decadencia de la personalidad».[1057] Pero incluso esto es una cuestión privada. La jurisprudencia decide caso por caso. El acusado registró sus evasiones tributarias en un diario íntimo. La opinión dominante no imputa esto al ámbito privado de configuración de la vida, sino que lo designa más bien como un «libro de comercio». En otro caso, el acusado habría cometido un falso testimonio; su diario ofrece información acerca del hecho.[1058] Aquello, sin embargo, es imputado a la segunda esfera (¿qué sucedería si, al mismo tiempo, en el diario se documenta una evasión tributaria y una declaración falsa relacionada con ella, por ejemplo, cometida en el proceso de insolvencia?). «En la necesaria ponderación entre el derecho a la personalidad frente al interés justificado en la administración de justicia penal […] no debe partirse del reproche delictivo en general, sino que del injusto que entra en consideración en el caso concreto».[1059] En este caso, dicha ponderación dio como resultado, que el derecho a la personalidad gozara de prioridad.[1060]

El asesino serial de mujeres registró en su diario íntimo sus dificultades para relacionarse con ellas, y lo que el perito denominó «otra grave desviación psíquica».[1061] El BGH encasilla este caso en la segunda esfera; sostiene ahora que se trata de un caso de la más grave criminalidad y autoriza la valoración.[1062] Sin embargo, no hay nada más íntimo que el reconocimiento de padecer una grave desviación psíquica, y este ámbito más íntimo de la privacidad no se desplaza

---

1055. Cf. Hofmann, *JuS* (1992), 587 ss.; Wolter, *NStZ* (1993), 1; Fezer (1995); al respecto, Amelung, *GA* (1996), 332; Roxin, FS Wolter (2013), 1057; Ambos (2010), 71.
1056. Cf. BGH, *JR* (1994), 430.
1057. *BGHSt* 19, 325, 331.
1058. *BGHSt* 19, 325, 331.
1059. *BGHSt* 19, 325, 334.
1060. Asimismo, OLG Schleswig, *NStZ-RR* (2000), 112 (tráfico de cocaína en 56 casos).
1061. *BGHSt* 34, 397.
1062. Concordantemente, *BVerfGE* 80, 367 ss. (en una decisión 4 a 4); Geppert, *JR* (1988), 471; en contra Jahn, *NStZ* (2000), 383, 384.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

hacia otra esfera por su «exteriorización» en el hecho. La jurisprudencia genera la impresión de que ella ya no define de manera independiente y por sí misma el ámbito nuclear intangible, sino que decide a favor o en contra de la tercera esfera con la mirada puesta en el resultado. El dilema de la doctrina dominante es que los delitos más graves son precisamente los «más íntimos».

Las conversaciones se mantienen mayormente con otros y así, tienen una connotación social («diálogo»).[1063] Distinto es el caso del monólogo.[1064]

> **Ejemplos**: El acusado permanecía en el hospital. Mientras se le vigilaba según el § 100c, se dijo a sí mismo que hubiera sido mejor si hubiera matado a la víctima de un tiro en la cabeza.[1065]
>
> Esta conversación debe clasificarse en el ámbito nuclear intangible, porque ella «no se materializó de ninguna forma y estaba expuesta al peligro de ser oída».[1066]
>
> Con todo, perviven cuestiones dudosas. ¿Puede valorarse un monólogo con fines preventivos (un secuestrador revela dónde mantiene cautiva a la víctima)? Si una vigilancia no se interrumpe y se graba prueba de descargo, ¿puede ser valorada? ¿El acusado puede exigir que se reproduzcan solo dichos pasajes (*Rosinentheorie*)?

2. Cintas, fotos, vídeos

(40) *a*) Para las autoridades de la persecución penal, el empleo de medios técnicos está regulado legalmente (§§ 100c ss.; sobre las prohibiciones de valoración como consecuencia de medidas irregulares, cf. *supra* § 10 nm. 51). Ha quedado abierta la cuestión de si los resultados de medidas oficiales, admisibles por otros motivos, pueden ser valorados.

> **Ejemplo**: Un edificio en peligro es vigilado a través de cámaras de vídeo (protección preventivo-policial de un objeto). Las grabaciones resultan útiles para probar la participación del ladrón.

La primera cuestión que se plantea es si se origina una prohibición de valoración respecto de medidas que no están contempladas como medidas de coerción en la StPO, pero que sí están cubiertas por leyes de policía (cf. *supra* § 10 nm. 52). La opinión dominante niega la configuración de una prohibición de valoración, y considera admisible la valoración.[1067] Luego, la solución dependerá de si la valoración se opone al derecho a la personalidad del afectado (lo cual, no es el caso en el ejemplo).

En este contexto se incluye también el debate sobre los «*legendierten Maßnahmen*» (*supra*, § 7 nm. 9), en los que investigaciones procesal-penales

---

1063. BVerfG, *NStZ* (2004), 270.
1064. Cf. BGH, *NStZ* (2005), 700; *NStZ* (2012), 277; con comentarios Ladiges, *StV* (2012), 517.
1065. BGH, *NStZ* (2005), 700.
1066. BGH, *NStZ* (2005), 700; *NStZ* (2012), 277.
1067. BGH, *NStZ* (1995), 601 («caso de las cabañas»); con nota desestimatoria de Welp. Cf. la regulación para el «gran espionaje acústico» en el § 100f, inc. 2.°.

en curso son, por así decirlo, ocultadas y hechas aparecer frente al interesado como relacionadas (exclusivamente) con la seguridad interna o la evitación de peligros (*gefahrenabwehrrechtlich*). El BGH se refiere aquí al § 161 inc. 3., 1.ª oración, la cual se basa en la idea de la intervención sustitutiva hipotética. Solo cuando el objetivo no fuera (en absoluto) la seguridad interna o la evitación de peligros o si no se hubiera podido emprender (exclusivamente) ninguna acción procesal penal, porque, por ejemplo, no podía esperarse la emisión de una orden judicial en la investigación, se configuraría una elusión abusiva de los requisitos procesal-penales de la orden.[1068]

(41) *b*) En caso de soportes de datos privados, lo decisivo es la situación de la valoración probatoria. Si ellos son obtenidos lícitamente, por regla general, también pueden ser valorados. A la inversa, la ilicitud de la adquisición no conduce necesariamente a una prohibición de valoración. Si la vulneración del derecho a la personalidad, la cual se manifiesta en la valoración, no se encuentra cubierta por una causa de justificación, ella podría tener lugar de todas formas, si en una ponderación, prevalece el interés en la persecución penal.

> **Ejemplos**: Puede valorarse la conversación con el imputado, grabada clandestinamente, sobre un delito de incendio que ha sido planeado;[1069] no así la que se refiere a una tentativa de instigación al falso testimonio,[1070] ni la que versa sobre una calumnia.[1071]

3. El silencio del imputado

(42) El silencio del imputado, por regla general, no puede valorarse, pues ello frustraría su derecho a no tener que contribuir a su propia condena (principio *nemo tenetur*). Este grupo de cuestiones, tradicionalmente, se discute durante la valoración de la prueba (cf. *infra* § 29 nm. 10 ss.).

VI. EFECTO EXTENSIVO DE LAS PROHIBICIONES PROBATORIAS (*FRUIT OF THE POISONOUS TREE*)

(43) Para este problema, mencionado reiteradamente en las prohibiciones probatorias en particular (cf. *supra* § 9 nm. 27 s.; *supra* § 10 nm. 47), no existe todavía una solución general. En principio, el BGH rechaza el efecto extensivo.[1072] En la literatura, con frecuencia, existe una adhesión a la doctrina americana.[1073] Otros procuran basarse en el ámbito de protección de la norma

1068. BGH, *NJW* (2017), 3173, 3178; de otra opinión, p. ej., Lenk, *StV* (2017), 692, 697.
1069. *BGHSt* 36, 167.
1070. *BGHSt* 14, 358.
1071. BayObLG, *NStZ* (1990), 101.
1072. *BGHSt* 27, 355, 358; *32*, 68, 71; 34, 362, 364. De otro modo, sobre la G 10, solamente en *BGHSt* 29, 244, 274.
1073. Roxin/Schünemann, § 24 nm. 59; más detalladamente Ambos (2010), 128 ss.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

procesal violada.[1074] Una tercera opinión se manifiesta a favor de la ponderación en el caso concreto, según el peso de la infracción procesal y de la gravedad del hecho perseguido.[1075] A ello también debe recurrir la teoría del ámbito de protección para las prohibiciones de valoración independientes. Toda solución restrictiva o completamente denegatoria (BGH) se basa en la reflexión de que la persecución penal, o bien no puede ser limitada, o bien no puede ser limitada excesivamente. Tal reflexión es legítima. Del otro lado, la densidad y la profundidad de las injerencias en el procedimiento de investigación han aumentado permanentemente. Difícilmente exista aún un medio que no esté a disposición de las autoridades de la persecución penal. Estas posibilidades de obtener prueba legalmente son suficientes. A esto se agrega que la mayoría de los hallazgos casuales puede igualmente valorarse (las limitaciones en los §§ 100a ss. no son severas). Precisamente, fruto de este nuevo desarrollo, han cobrado mayor peso los motivos que cuentan a favor de un efecto extensivo; este, por tanto, en principio, debe ser aceptado de forma amplia. Excepcionalmente, es susceptible de valoración aquello que igualmente hubiera sido investigado en un curso hipotético lícito (al respecto, *supra* nm. 14).

Casos y preguntas

192. ¿Qué son las prohibiciones de recolección y qué las de valoración probatoria? ¿Cómo se comportan entre sí?
193. ¿Qué tipos de prohibiciones de valoración probatoria le son conocidas?
194. ¿Cómo es posible descubrir si las pruebas obtenidas ilícitamente pueden o no ser valoradas?
195. ¿Se origina una prohibición de valoración cuando el acusado no es instruido sobre su derecho a guardar silencio conforme al § 136, inc. 1.°, 2.ª oración?
196. El testigo Z –en contra del § 52, inc. 3.°– no es instruido acerca de su derecho de abstenerse de prestar testimonio en un interrogatorio sobre el hecho reprochado a su esposa. Días después muere. ¿Puede valorarse su declaración?
197. El sacerdote P está al tanto de su derecho de abstenerse de prestar testimonio conforme al § 53. Sin embargo, «por razones de conciencia», declara ante el tribunal que A, en el marco de una confesión, acaba de confiarle haber violado a la señora F. P no fue instruido acerca de su derecho de abstenerse a prestar testimonio. ¿Puede valorarse su declaración?
198. La infracción contra el § 55, inc. 2.°, ¿conduce a una prohibición de valoración probatoria?

1074. Beulke, *ZStW* 103 (1991), 657 ss.
1075. KK-StPO/Senge, previo al § 48 nm. 45 ss.; Maiwald, *JuS* (1978), 379, 384; Rogall, *JZ* (1997), 944, 948; Ambos, (2010), 147.

199. En el marco de un interrogatorio policial, el imputado B es cegado permanentemente con una luz intensa. A continuación, confiesa el hecho. Más tarde, se lo interroga una vez más. ¿Pueden valorarse las declaraciones que efectuó en su segundo interrogatorio, en el cual expone más detalles sobre el hecho?
200. Al imputado A debe extraérsele una muestra de sangre con el fin de comprobar cuál es su concentración de alcohol. Sin embargo, en el sanatorio, solo está presente la joven enfermera K, que no obstante, como sabe el policía P, es muy competente en lo que respecta a extracciones de sangre. Contrariamente a la verdad, P le dice al desconcertado A, que K ya es una médica autorizada para ejercer. ¿Pueden valorarse los resultados de la prueba de sangre?
201. Supongamos que en el caso precedente, P no hubiera ordenado la extracción de sangre. Sin embargo, este sabe que el sanatorio dispone aún de una muestra de sangre de A, la cual ha sido extraída el día anterior con motivo de la preparación de una operación. P convoca a un fiscal, que incauta esta muestra de sangre. ¿Puede valorarse esta muestra?
202. A y B están acusados por el asesinato conjunto de Francisca (F), un amor no correspondido de A. En su diario íntimo, A describió tanto sus problemas de trato con las mujeres, como el desarrollo preciso de los hechos. Durante el proceso, A se suicida. ¿Puede valorarse el diario íntimo en el proceso contra B?
203. El funcionario policial P es admirador del Medioevo y, por esta razón, emplea en su próximo interrogatorio el tornillo para los pulgares. Cuando lo ajusta un poco, B confiesa el hecho y dice dónde ha colocado la herramienta empleada. ¿Puede utilizarse esto como medio de prueba?

Comentarios desde la perspectiva española

I. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LAS PROHIBICIONES PROBATORIAS

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, al igual que la Constitución española, no contiene en su articulado una proclamación expresa de la prohibición de valoración por los tribunales de las pruebas obtenidas directa o indirectamente vulnerando derechos fundamentales; no obstante, sí encontramos un reconocimiento en la Ley Orgánica del Poder Judicial, al que seguidamente nos referimos. Esta prohibición, que es aplicable a todo tipo de proceso –y no exclusivamente al proceso penal–, encuentra su fundamento, tal y como se proclama por la STC

114/1984, de 29 de noviembre, en el valor preferente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico.[1076]

Ello no obstante, sí encontramos en la Lecrim algunos supuestos concretos en que se impide la obtención o práctica de medios de prueba que suponen una lesión de los derechos fundamentales del investigado:

– Así ocurre con el art. 389, III, respecto a la confesión del acusado obtenida mediante tortura, en cumplimiento de lo previsto en el art. 15 CE.
– Otro supuesto lo encontramos en el incumplimiento de la obligación de advertir a los sujetos indicados en el art. 416. 1, de su derecho a no declarar con tras su pariente, con las excepciones que el propio artículo contempla.[1077]

Las restantes referencias a la prueba prohibida se encuentran en la regulación de los motivos del recurso de apelación (art. 846. bis, c, letras a) y e)).

A ello debemos añadir, obviamente, la regulación concreta de los distintos medios de investigación que limitan derechos fundamentales (v. § 10), concretamente los reconocidos en el art. 18 CE (arts. 545 a 588 octies). De esta regulación queremos apuntar la regulación de los hallazgos casuales (art. 579, bis) y la regulación la referida a las disposiciones comunes aplicables a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos, previamente a la regulación de cada uno de ellos.

1076. Así, afirma dicha sentencia que «Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de "inviolables" (art. 10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental».

1077. Art. 416. «Están dispensados de la obligación de declarar:

1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil. El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Letrado de la Administración de Justicia consignará la contestación que diere a esta advertencia.

Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación en los siguientes casos:

1.º Cuando el testigo tenga atribuida la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección.

2.º Cuando se trate de un delito grave, el testigo sea mayor de edad y la víctima sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.

3.º Cuando por razón de su edad o discapacidad el testigo no pueda comprender el sentido de la dispensa. A tal efecto, el Juez oirá previamente a la persona afectada, pudiendo recabar el auxilio de peritos para resolver.

4.º Cuando el testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular.

5.º Cuando el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo».

II. PROCLAMACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN Y SU EFECTO REFLEJO

1. La regla de exclusión

En España, la primera proclamación de la regla de exclusión, es decir, la prohibición de valoración de las pruebas obtenidas o practicadas con vulneración de derechos fundamentales, se debe a la jurisprudencia constitucional, y curiosamente en un asunto que procede del orden jurisdiccional laboral. Nos referimos a las STC 114/1984, de 29 de noviembre, que reconoce expresamente la necesidad de excluir de toda consideración por los tribunales de las pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales. En esta sentencia se considera que pese a que la Constitución española de 1978 (CE) no contiene una regulación directa y expresa de las prohibiciones probatorias, ello no impide que las prohibiciones probatorias no puedan declararse y fundarse en normas constitucionales y en el valor de los derechos fundamentales en todo ordenamiento jurídico.

2. El efecto reflejo: Los frutos del árbol emponzoñado

La regla de exclusión se introduce en el art. 11.1 LOPJ un año después (julio de 1985) con una proclamación que podemos calificar de contundente: «No surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades fundamentales». Se consagra, así, en nuestro ordenamiento el criterio expansivo o más garantista de la teoría de la prueba prohibida, según ha ido interpretando el TC español desde los primeros momentos tras su promulgación. Esta doctrina se puede resumir en los siguientes aspectos:[1078]

Las pruebas obtenidas vulnerando directamente los derechos fundamentales consagrados en la CE no surten efectos en el proceso; como tampoco lo hacen las pruebas en cuya obtención se hayan violentado dichos derechos de forma indirecta o refleja (eficacia refleja o frutos del árbol envenenado). Se establece así el efecto expansivo de la regla de exclusión, por quedar invalidadas tanto las pruebas obtenidas violentando directamente los derechos fundamentales, como las que de ella se derivan, debido a la relación de causalidad existente entre ellas;

- no importa quién haya conseguido la prueba ilícita (aspecto este al que dedicaremos las últimas páginas) ni el momento procesal en que se haya obtenido la prueba prohibida, sea en la fase de investigación o en cualquier otra;
- no importa la clase de proceso en que se quiera hacer valer, de hecho, como hemos indicado la primera sentencia de la Corte constitucional española pertenece el orden laboral; y

1078. SSTC 107/1985, de 7 de octubre; 64/1986, de 21 de mayo; 303/1993, de 25 de octubre.

– si es prueba prohibida, se excluye del proceso, es decir, queda prohibida su admisión, práctica y valoración.

Esta regla de exclusión, afirmando la eficacia refleja de la prueba prohibida, se proclama en la STC 85/1994, de 14 de marzo; y lo hace basándose ya no solo en una interpretación de preceptos constitucionales, sino –y manteniéndose la falta de proclamación constitucional expresa– a través del derecho positivo ordinario (al igual, ahora sí, que otros países de nuestro entorno, si bien en estos la proclamación se suele encontrar exclusivamente en las leyes procesales penales –, si bien la Ley de Enjuiciamiento Civil lo hace en su artículo 283.2)[1079] y el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2021, de incierto futuro, también lo incorpora.

Se da así entrada en nuestro ordenamiento de la doctrina de los frutos del árbol envenenado norteamericana,[1080] que no es recogida así por la sentencia. Ya unos cuantos años antes nuestro más alto tribunal ordinario en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 814/1992, de 7 de abril, había incorporado esa terminología extranjera a nuestra práctica judicial, que ha sido luego seguida sin alteraciones por dicho Tribunal, a veces refiriéndose a ella como doctrina de «efecto dominó».[1081]

III. LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN

Esta interpretación, extensiva y garantista (la prueba prohibida comprende también los frutos del árbol envenenado), se mantuvo incólume muy poco tiempo, concretamente hasta 1995, año inmediatamente posterior al recogimiento de la teoría de la eficacia refleja, cuando comienza a construirse jurisprudencialmente las distintas excepciones a dicha regla y que permiten «salvar» este efecto de exclusión. En estas excepciones, la influencia de la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano es evidente.

1. La excepción de la prueba jurídicamente independiente

Esta primera excepción, la encontramos en la STC 86/1995, de 6 de junio, entendiendo que los resultados probatorios obtenidos como consecuencia de una intervención telefónica ilegal constituyen prueba prohibida y, por tanto, ni directa ni indirectamente pueden fundar una condena de los acusados, debiendo ser excluidos del proceso, pero, y esta es la novedad que limita la eficacia refleja y reduce sustancialmente el

1079. Madrid Boquín (2014, 22 y ss.) y (2020a, 320 y ss.).
1080. V. Velasco Núñez (1996, 427-446).
1081. Afirma dicha sentencia: «Al respecto, y dentro de la constitucionalidad de la prueba, puede decirse: a) que las obtenidas ilícitamente son radicalmente nulas e inutilizables en el proceso (STC 29-11-1986); b) que no surtirán efecto las pruebas logradas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales (arts. 238 y 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial); c) que la doctrina de "los efectos reflejos de la prueba ilegítimamente obtenida" o de lo que se ha denominado "frutos del árbol envenenado" ha de ser entendida en sus términos más exactos y justos cuando de nulidad absoluta se trate, no en los casos de anulabilidad o nulidad relativa")». Véanse, p. ej., la S TS núm. 1284/1994, de 17 de junio y la núm. 1451/2003, de 26 de noviembre.

garantismo, si existe una prueba independiente de aquellos resultados probatorios ilegalmente obtenidos, prueba que es legal, esa prueba sí permite valorar los hechos y si es de cargo, se considera suficiente para destruir la presunción de inocencia. En consecuencia, la contaminación no alcanza a todo el proceso y, por tanto, no produce la nulidad radical de la sentencia, sino que el proceso es válido. En resumen: no hay frutos envenenados si existe prueba válida independiente.[1082] Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional es la causalidad jurídica entre la prueba prohibida y la derivada, la determinante de la nulidad de esta, y no la mera causalidad material o natural.[1083]

La problemática de esta excepción es su excesiva dependencia del análisis del caso concreto, pues no siempre se podrá saber *a priori* si la prueba lícita segunda se ha obtenido de forma totalmente independiente respecto a la primera. La citada STC 86/1995 ofrece un ejemplo de cuán ampliamente puede interpretarse el concepto de «prueba independiente», al atribuir a la confesión voluntaria del acusado, ante el juez de instrucción y en el acto del juicio oral, la condición de prueba jurídicamente independiente afirmando que: «… tales declaraciones efectuadas en un sentido claramente incriminatorio, constituyen un medio racional y legítimo de prueba, cuya apreciación por los órganos judiciales en absoluto determina la vulneración de los recurrentes a la presunción de inocencia […]. Para apreciarla habría sido necesario constatar la existencia de un vacío probatorio por no haberse practicado prueba alguna, porque toda la practicada se hubiese obtenido sin respetar las garantías procesales, hubiese sido obtenida o se hubiere derivado de alguna prueba practicada con vulneración de los derechos fundamentales de los recurrentes. Ninguna de estas circunstancias concurre en el presente caso, pues de acuerdo con lo que se acaba de exponer la Sentencia condenatoria se fundamenta en una actividad probatoria de cargo, como lo son las manifestaciones inculpatorias realizadas con todas las garantías por un coimputado en el acto del juicio oral, que ha de considerarse suficiente para estimar desvirtuada la presunción de inocencia que se invoca como vulnerada».

2. La excepción del descubrimiento inevitable

La segunda de las excepciones se establece por el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 974/1997, de 4 de julio.[1084] El Tribunal parte de la idea de que es

1082. Esta excepción puede vincularse en la jurisprudencia norteamericana sobre la *Independent Source*, concretamente en el caso *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963). Igualmente, el caso *Segura v. United States* 468 U.S. 796 (1984) y más recientemente *Hudson v. Michigan*, 547 U. S. 586 (2006). V. Gómez Colomer (2013, 758 y ss.), la sentencia completa se puede consultar en español en Gómez Colomer (2012, 148 y ss.).

1083. SSTC 81/1998, de 2 de abril; 86/1995 de 6 de junio; 49/1999, de 5 de abril; 94/1999, de 31 de marzo; 134/1999, de 15 de julio y 239/1999, de 20 de diciembre y SSTS núm. 550/2001, de 3 de abril; núm. 676/2001, de 20 de abril; núm. 1011/2002, de 28 de mayo (RJ 8579); núm. 998/2002, de 3 de junio; núm. 1151/2002, de 19 de junio; núm. 1203/2002, de 18 de julio; o la núm. 1989/2002, de 29 de noviembre, entre las más recientes.

1084. *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984); *Segura v. United States*, 468 U.S. 377 (1984); *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006). V. Gómez Colomer (2012, 123 y ss.) y (2013, 369 y ss.). Como antecedente de esta sentencia, puede también citarse los casos *Brewer v. Williams* (1977) y *U. S. v. Ceccolini*. Véase al respecto, Salas Calero (2002, 385 y ss.).

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

posible llegar válidamente a una conclusión probatoria respecto a la existencia de un hecho obtenida de manera lícita (p. ej., una declaración testifical), aunque el mismo se haya conocido a través de una prueba ilícita directa (una intervención telefónica) o derivada (declaración de un coimputado), también ilícita, siempre que la prueba válida pueda considerarse independiente, es decir, carente de conexión casual con la prueba ilícita (directa o derivada). Si por una prueba lícita se llega inevitablemente al conocimiento del hecho delictivo quiebra la eficacia refleja de la prueba prohibida.[1085]

En este caso, de forma similar a lo dicho en el supuesto anterior, no siempre se sabrá si el descubrimiento ha sido o no inevitable, radicando el verdadero peligro en que la decisión, dando por buena la prueba, se base en meras hipótesis, suposiciones o conjeturas y no tanto en hechos probados.[1086]

3. La excepción del hallazgo casual

Esta excepción, también elaborada por el Tribunal Supremo, por ejemplo, en Sentencia núm. 1313/2000, de 21 de julio, establece –como una variedad de la teoría del descubrimiento inevitable– que el hallazgo casual de una prueba es lícito y puede desvirtuar la presunción de inocencia, aunque la prueba originaria sea ilícita. Si bien no es la primera vez, obviamente, que el Tribunal Supremo se pronuncia sobre estos hallazgos, sí lo hace –en esta sentencia– para vincularlo a la prueba prohibida.

Es el hallazgo casual de la prueba el que elimina la conexión de antijuridicidad y que, por tanto, permite que se valore la prueba causalmente descubierta, es decir, inevitablemente descubierta.

4. La conexión de antijuridicidad

La conexión de antijuridicidad, recogida en STC 81/1998, de 2 de abril,[1087] se funda en que una prueba derivada lícita debe considerarse «fruto del árbol

---

1085. Doctrina seguida, entre otras, por las SS TS núm. 836/2002, de 10 de mayo; núm. 123/2002, de 6 de febrero; núm. 885/2002, de 21 de mayo; núm. 227/2006, de 8 de marzo; núm. 912/2013, de 4 de diciembre, en que se afirma que: «La llamada doctrina del "fruit of the poisonous tree" (fruto del árbol envenenado) admite una corrección a través de otra teoría, la del "inevitable discovery" (descubrimiento inevitable). Es decir, que cuando la experiencia indica que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular causalmente la segunda prueba a la anterior, pues en tales casos faltará la llamada, en la terminología del Tribunal Constitucional, "conexión de antijuridicidad", que, en realidad presupone, en todos los casos, una conexión causal. Por lo tanto, allí donde la prueba se hubiera obtenido de todos modos, sin necesidad de recurrir a otra anterior, faltará la conexión de antijuridicidad, es decir, la relación causal de la primera con la segunda. Con otras palabras: todo resultado que se hubiera producido, aunque una de sus condiciones no se hubiera producido, no es el resultado de esa condición». Más recientemente, S TS núm. 271/2017, de 18 de abril.

1086. V. Miranda Estrampes (2003, 59).

1087. Esta doctrina ha sido mantenida posteriormente en numerosas sentencias del Tribunal Constitucional, p. ej., SSTC 49/1999, de 5 de abril; 94/1999, de 31 de mayo; 239/1999, de 20 de diciembre; 136/2000, de

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

envenenado» cuando, además de una relación causal entre la prueba independiente y la ilícita (relación natural entre ellas que determina que la independiente se obtenga de la ilícita), exista una conexión de antijuridicidad (que determina que las dos pruebas son ilegítimas constitucionalmente). No es suficiente, pues, la conexión causal o relación natural entre la segunda prueba y la prueba prohibida original para que, por aplicación del efecto reflejo, la segunda sea considerada también prueba prohibida, sino que es necesario que se dé además otra clase de conexión, esta de naturaleza no natural sino jurídica, la conocida como conexión de antijuridicidad.[1088]

La apreciación de la conexión de antijuridicidad dependerá de la índole y características de las vulneración originaria del derecho fundamental producida en primer lugar, pues si no es grave y se pueden obtener pruebas por otras vías no existe tal conexión; así como, en segundo lugar, de su resultado y de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud, de modo que dicho derecho fundamental no quede privado de ninguna de sus garantías esenciales por la obtención de la prueba derivada, en cuyo caso tampoco existirá esa conexión de antijuridicidad. Deberá pues analizarse, nuevamente, en el caso concreto la existencia o no de intencionalidad o negligencia grave en la violación originaria, así como la entidad objetiva de la vulneración cometida; debiendo el órgano jurisdiccional realizar ese «control», valorando «el conjunto del material probatorio en el proceso penal de referencia» (STS núm. 364/2013, de 25 de abril, RJ 5542). Clave es analizar la entidad subjetiva y objetiva de la vulneración:

- Desde el punto de vista interno se considerarán las características y la naturaleza de la vulneración del derecho; esto es, qué menoscabo, lesión o agresión ha sufrido, cómo se ha producido, el alcance de su resultado y si esas pruebas se hubieran podido obtener sin vulnerar derechos fundamentales. Se trata así de establecer si el conocimiento alcanzado vulnerando el derecho es indispensable para obtener la prueba refleja.
- Desde el punto de vista externo lo que debe analizarse es la necesidad de tutela del derecho fundamental vulnerado, lo que da entrada a la idea del incentivo o efecto disuasorio; conectando esta excepción con el ya referido efecto disuasorio (*Deterrent Efect*) de la jurisprudencia norteamericana.[1089]

Esta excepción se convierte en la excepción más importante a la regla de la eficacia refleja de la prueba ilícita.

29 de mayo; 299/2000, de 11 de diciembre; 14/2001, de 29 de enero; 167/2002, de 18 de septiembre y 26/2006, de 30 de enero; y del Tribunal Supremo, pudiendo citar, las SS TS núm. 1202/2002, de 18 de julio; núm. 2011/2002, de 3 de diciembre; núm. 2210/2001, de 20 de noviembre; núm. 28/2003, de 17 de enero; núm. 229/2008, de 15 de mayo; núm. 43/2013, de 22 de enero; núm. 649/2013, 11 de junio; núm. 249/2014, de 14 de marzo.

1088. Así, Vives Antón (2002, 11). Claramente se resume por la STC 66/2009, de 9 de marzo.

1089. Casos *Weeks v. Unites States*, 232 U. S. 383 (1914), y *Silverthone Lumber Company v. United States*, 251 U. S. 385 (1920).

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

5. La excepción de buena fe

Esta excepción, claramente vinculada con el fundamento de la regla de exclusión en los Estados Unidos (*United States v. Leon*, 468 U. S. 897, 1984), considera que la buena fe de los agentes que realizan la actuación vulneradora de los derechos fundamentales permite salvar las negativas consecuencias de dicha vulneración, por ejemplo, la entrada en un domicilio amparados en la creencia «errónea» de que la persona que permite la misma es su titular y, por tanto, puede autorizar el registro o basándose en una orden de registro o intervención que consideran cumple todos los requisitos legales para proceder al mismo de forma válida.[1090] El Tribunal Supremo vincula la buena fe con los supuestos en que se actúa bajo lo que se considera una adecuada interpretación del ordenamiento jurídico, considerando que en estos casos la exclusión probatoria no es un remedio adecuado o proporcional, y aparece así la idea del efecto disuasorio, verdadero fundamento de la regla de exclusión en Estados Unidos. La consideración de que ha existido dicha buena fe, por tanto, neutraliza la aplicación de la regla de exclusión.

IV. LA PRUEBA OBTENIDA POR PARTICULARES

Recientemente el Tribunal Constitucional y el Supremo se han pronunciado sobre la validez de las pruebas obtenidas por particulares al tener que tomar una decisión sobre la admisión de la conocida «lista Falciani».[1091]

La STS núm. 116/2017, de 23 de febrero (RJ 1908) vincula claramente la decisión que tomar con el efecto disuasorio. Esta sentencia recuerda que el Estado, en la persecución y enjuiciamiento de los delitos, no puede «valerse de atajos», en tanto que los principios que definen el derecho a un proceso con todas las garantías «actúan como una fuente de limitación de la actividad estatal»; pero seguidamente establece que «la acción vulneradora del agente de la autoridad que personifica el interés del Estado en el castigo de las infracciones criminales nunca puede ser artificialmente equiparada a la acción del particular que, sin vinculación alguna con el ejercicio del *ius puniendi*, se hace con documentos que más tarde se convierten en fuentes de prueba que llegan a resultar, por una u otra circunstancia, determinantes para la formulación del juicio de autoría. El particular que por propia iniciativa desborda el marco jurídico que define la legitimidad del acceso a datos bancarios, ya actúe con el propósito de lograr un provecho económico, ya con el de fomentar el debate sobre los límites del secreto bancario, no lo hace en nombre del Estado. No rebasa el cuadro de garantías que

---

1090. Así, la STC 22/2003, de 10 de febrero afirma: «En casos como el presente, en que el origen de la vulneración se halla en la insuficiente definición de la interpretación del Ordenamiento, en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución y en que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado, la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar...».

1091. V. Asencio Mellado (2019), Fuentes Soriano (2020, 715 y ss.) y Simarro Pedreira (2020, *passim*).

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

define los límites constitucionales al acopio estatal de fuentes de pruebas incriminatorias. Nada tiene que ver esa actuación con la de un agente al servicio del Estado. Lo que proscribe el art. 11 de la LOPJ no es otra cosa que la obtención de pruebas ("no surtirán efecto las pruebas obtenidas..."). Es el desarrollo de la actividad probatoria en el marco de un proceso penal –entendido este en su acepción más flexible– lo que queda afectado por la regla de exclusión cuando se erosiona el contenido material de derechos o libertades fundamentales». Considera así el Tribunal Supremo que es perfectamente posible valorar dicha prueba tanto a la vista de la literalidad del art. 11.1 LOPJ como «en atención a la idea de que, en su origen histórico y en su sistematización jurisprudencial, la regla de exclusión solo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito».

Esta doctrina jurisprudencial es avalada por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 97/2019, de 16 de julio, la cual parte de una interpretación que no se corresponde realmente con lo que este mismo Tribunal estableció en su Sentencia 114/1984, reinterpretándose con unas consecuencias que está por ver dónde nos llevan, pero que claramente suponen vaciar de contenido la regla de exclusión y su eficacia refleja.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Capítulo 29. Libre valoración de la prueba

El tribunal decide sobre el resultado de la producción de la prueba «según su libre convicción, obtenida a partir de la esencia del juicio oral» (§ 261; sobre los fundamentos, cf. *supra* § 18 nm. 16).

I. CONCEPTO Y LÍMITES

1. Convicción y probabilidad

(1) Todo procedimiento probatorio empírico, visto objetivamente, conduce solo a probabilidades. Una sentencia penal, sin embargo, debe estar fundada en la verdad. Se entiende por verdad (en este contexto) la coincidencia con la realidad. Cómo sucedió todo realmente, es algo que nunca puede decirse con exactitud. La brecha entre la verdad objetiva y la mera probabilidad no puede ser salvada con medios empíricos. El concepto de verdad, por tanto, tiene un componente subjetivo (algunos dicen irracional).[1092] La convicción es la certeza subjetiva, el tener algo por verdadero sin dudas razonables. Las dudas teórico-abstractas persisten siempre y no habilitan al juez a aplicar el *in dubio pro reo*.

2. Libertad y obligatoriedad

(2) En torno a este convencimiento, de conformidad con el § 261, el juez es libre. Así, como «no puede impedírsele que efectúe deducciones en sí posibles a partir de determinados hechos, tampoco puede prescribírsele bajo qué presupuestos debe arribar a una determinada conclusión y a un determinado convencimiento».[1093]

1092. Sobre estos fundamentos, Volk (1980); sobre otros sistemas de decisión, Stein, Rudolphi-Symposium (1995), 233.
1093. *BGHSt* 10, 210; *NStZ* (1984), 180.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Ejemplo: En una situación en que se enfrentan «la palabra de uno contra la palabra de otro» (abuso infantil, violación) no existe una «única» decisión correcta. El juez, en el marco de la apreciación general que le es requerida, no puede proceder de forma esquemática y dar más crédito a la (presunta) víctima que al acusado solo porque ella es la víctima.[1094]

(3) Esta libertad tiene límites. El juez debe observar los estándares mínimos de la argumentación racional. Está sujeto a las leyes de la lógica. Sus explicaciones deben estar libres de contradicciones. Máximas de la experiencia inexistentes no pueden servir de base a sus conclusiones.

Ejemplo: Si en aquella situación (*he says-she says*) el juez quiere creer en la única declaración de cargo, a pesar de que se sabe que aquella es falsa en un detalle esencial, para la corrección de la parte restante deben invocarse indicios externos que no formen parte de la declaración.[1095] El motivo por el cual una mujer imputa injustamente una violación a su marido solo puede ser la venganza: una semejante ley de la experiencia no existe.[1096]

(4) Pero, por sobre todas las cosas, el convencimiento subjetivo del juez precisa de un fundamento objetivo. Aquel solo puede basarse en una elevada probabilidad de que hayan ocurrido los hechos. En caso contrario, no podría hablarse ya de que ha sido comprobada la verdad. Esta pretensión únicamente es satisfecha cuando otras personas pueden comprender la sentencia. De otro modo, tampoco sería posible su control en casación.[1097] Las comprobaciones del juez no pueden «alejarse de un fundamento fáctico firme, de manera que, en rigor, terminen constituyendo meras presunciones, las cuales no permiten fundar más que una sospecha (aun cuando ella sea grave)».[1098]

Ejemplo: El acusado recogió en un taxi a su mujer, la cual acababa de dar a luz a un niño, en el hospital. Descendió del vehículo frente a la puerta de su casa con un bolso en el que se encontraba el niño, mientras la mujer continuó el viaje. El niño está desaparecido. El tribunal condenó al acusado porque, o lo mató en el taxi; o su mujer, con su aprobación, cometió este hecho en el taxi; o bien, aquel lo mató solo posteriormente; o lo entregó a terceros desconocidos que debían matarlo.[1099]

Tanto la elevada probabilidad objetiva del fundamento de la sentencia, como la duda razonable del juez, solo son comprensibles cuando la valoración de la prueba es *omnicomprensiva*. Con ello, se exige más respecto de la formación del convencimiento (y de la motivación de la sentencia).

1094. BGH, *NStZ* (2004), 635.
1095. *BGHSt* 44, 164; 44, 256; BGH, *NStZ* (2003), 164.
1096. BGH, *NStZ* (1988), 236.
1097. Cf. Herdegen, *NStZ* (1987), 193; y *StV* (1992), 527.
1098. BGH, *NStZ* (1981), 33.
1099. BGH, *NStZ* (1981), 33.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

3. Valoración omnicomprensiva de la prueba

(5) El deber de esclarecimiento impone al juez investigar todos los indicios disponibles, y el mandato de valoración omnicomprensiva de la prueba significa que él debe ocuparse exhaustivamente de la prueba obtenida. Debe valorar todos los puntos de vista a favor y en contra del acusado, considerar todas las conclusiones que pueden extraerse de los hechos (indicios). La certeza subjetiva del juez, aunque también la duda razonable, tienen «su fundamento en la argumentación racional».[1100] «Los fundamentos de la sentencia deben arrojar que los resultados probatorios no solo fueron valorados aisladamente, sino que también fueron considerados desde un punto de partida correcto y bajo dicha perspectiva, incluidos en una apreciación general omnicomprensiva».[1101]

4. Convicción y conocimientos de las ciencias naturales

(6) «Allí donde un hecho se establece en virtud de conocimientos científicos, no hay espacio» [1102] para el convencimiento judicial. Se trata, sin embargo, de casos poco frecuentes:

– las pericias sobre grupos sanguíneos excluyen definitivamente la paternidad;[1103]
– los análisis de ADN excluyen con certeza la autoría, pero, a la inversa, para su prueba proveen solo un valor estadístico de probabilidad;[1104]
– las mediciones de radar libres de errores acreditan la velocidad de conducción;[1105]
– las huellas dactilares prueban el contacto con un objeto;
– un determinado contenido de alcohol en la sangre prueba la falta de aptitud para conducir.[1106]

(7) El juez se halla sujeto a los conocimientos asegurados científicamente. ¿Tiene permitido –a la inversa– formarse un convencimiento allí donde la ciencia no pueda demostrar regularidades? El BGH lo ha admitido en los casos de responsabilidad por el producto (espray del cuero, productos protectores de la

1100. BGH, *NStZ* (1990), 402; *NStZ* (2014), 667.
1101. BGH, *NStZ* (2001), 491 s.
1102. *BGHSt* 10, 209, 211.
1103. *BGHSt* 6, 72.
1104. BGH, *NStZ* (1994), 554; de todas formas, acreditan con un margen de error ínfimo que el rastro del lugar del hecho conservado (como las huellas dactilares) proviene del autor (BGH, *NStZ* [2009], 285); así también las huellas dactilares. Además, BGH, *NStZ* (2013), 420, 421, según el cual el tribunal puede condenar basándose únicamente en un rastro de ADN.
1105. OLG Hamm, *NJW* (1963), 505; *BGHSt* 39, 291. Cf. a este respecto sobre el requisito del procedimiento de medición estandarizado, p. ej., Krumm, *DAR* (2011), 738.
1106. *BGHSt* 21, 159; 37, 89. En verdad, se trata aquí de una regla de interpretación jurídico-material; para una crítica cf. Haffke, *JuS* (1972), 448.

madera). Para la prueba de la causalidad, bastaría con que estén excluidas las alternativas plausibles.[1107]

II. EXCEPCIONES

1. Reglas de prueba

(8) Aún existen dos:

– la verdad de la afirmación, de que otro ha cometido un delito, no puede ser valorada por el juez cuando hay una sentencia al respecto (§ 190 StGB);
– mientras no se demuestre una falsificación o existan vacíos evidentes en ella, el contenido del acta de la audiencia se considera como correcto en lo que concierne a las formalidades esenciales (§ 274; cf. *supra* § 17 nm. 27).

2. Prohibiciones probatorias

(9) La prohibición de valoración de un hecho significa que este no puede ser incluido en la valoración de la prueba. El juez debe suprimirlo.

3. El silencio del imputado

(10) Si el imputado hace uso de su derecho a no pronunciarse sobre un asunto, esto no puede ser utilizado en su contra, ni como indicio de cargo para la prueba del hecho o de la culpabilidad, ni en la medición de la pena (donde, sin embargo, una confesión opera mayoritariamente morigerando el castigo). En caso contrario, el imputado estaría siendo forzado indirectamente a renunciar a este derecho.[1108] Además, la conclusión de que «quien calla es culpable» está lejos de ser cierta; existen muchas razones para no decir nada. El tribunal, por tanto, no puede investigar los motivos del silencio, ni extraer conclusiones desventajosas de la conducta procesal ulterior (el acusado no libera a un testigo del deber de guardar silencio).[1109] La afirmación por la cual el acusado sostiene que no ha cometido un hecho, se equipara al silencio.[1110]

(11) Sin embargo, la prohibición de extraer conclusiones a partir del silencio solo rige cuando el imputado no efectúa declaraciones sobre la totalidad de lo ocurrido. El acusado que calla parcialmente, es decir, que se manifiesta sobre

1107. *BGHSt* 41, 206; cf. al respecto Volk, *NStZ* (1996), 105.
1108. *BGHSt* 25, 365, 368; BGH, *NStZ* (2018), 229.
1109. *BGHSt* 45, 363.
1110. *BGHSt* 34, 324, 326; distinta es la retractación de una manifestación anterior (se la trata como una declaración sobre el asunto: BGH, *NStZ* (1998), 209).

algunos puntos de un hecho y guarda silencio respecto de otros, se convierte a sí mismo en un medio de prueba con su declaración.[1111] El tribunal es libre de extraer conclusiones desventajosas a partir del silencio parcial.[1112] Por lo demás, no puede perjudicar al acusado haberse vuelto (solo) parcialmente activo, y haber ejercido derechos.[1113]

(12) Esta excepción está relacionada con dos presupuestos, los cuales deben ser definidos exactamente. Ella está limitada a un hecho. Si al acusado se le reprochan varios hechos y él se pronuncia solo sobre uno de ellos, no se estará frente a un silencio parcial en el sentido antes señalado.[1114] Además, si hay varios interrogatorios, cada uno de ellos debe considerarse por sí mismo. Si el imputado ha efectuado declaraciones en un interrogatorio (p. ej., ante la policía) y no ha dicho nada en otro (p. ej., en el juicio oral), es decir, ha guardado silencio *de forma ocasional*, la situación no puede equipararse al silencio parcial.[1115] De estas conductas diferentes en lo que respecta a la declaración, no puede extraerse ninguna conclusión.

(13) Una confesión prestada anteriormente, si ha sido efectuada ante el juez, puede introducirse por la vía de la prueba documental y habitualmente mediante una inspección ocular (registro de imágenes y sonidos) u otros medios de prueba (cf. *supra* § 27 nm. 19 ss.).

4. La denegación del testimonio

(14) El testigo que tiene un derecho de abstenerse a prestar testimonio puede decidir libremente si y cuándo desea declarar. Sería privado de este derecho si, a partir de su silencio, estuviera permitido extraer conclusiones desventajosas en contra del imputado,[1116] aun cuando recién posteriormente exprese su decisión de denegar el testimonio,[1117] y ya hubiera declarado con anterioridad.[1118] Si el testigo se abstiene de declarar sin un motivo (§§ 52, 53 y 53a), ello puede valorarse en perjuicio del acusado.[1119]

(15) Distinto es el caso del § 55. Aquí, (según la opinión dominante) la ley toma en consideración al testigo, mas no su relación personal o laboral con el acusado. El testigo que desea abstenerse de responder preguntas debe contar con que aquello puede ser desfavorable para el acusado. No obstante, ello no tiene

1111. *BGHSt* 20, 298, 300.
1112. Esta libertad tiene límites: si el acusado guarda silencio sobre un punto determinado, solo pueden extraerse consecuencias desventajosas a partir de ello «cuando, según las circunstancias, hubieran sido esperables manifestaciones sobre el punto, cuando puedan excluirse otras posibles causas de la reserva, y cuando los dichos efectuados no sean de naturaleza evidentemente fragmentaria»; BGH, *NStZ* (2001), 41.
1113. *BGHSt* 45, 367; contrariamente a *BGHSt* 20, 300.
1114. *BGHSt* 32, 140, 145; con nota de Volk, *NStZ* (1984), 377.
1115. BGH, *StV* (1984), 143; BGH, *NStZ* (2016), 59. En general, detalladamente Schneider, *NStZ* (2017), 73 y 126.
1116. *BGHSt* 22, 113; BGH, *StV* (1997), 171.
1117. *BGHSt* 34, 324, 327.
1118. BGH, *NStZ* (1985), 87.
1119. BGH, *NJW* (1966), 211.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

que agobiarlo en su decisión, la cual, involucra a su propia situación. El puede estar seguro de que este silencio, en caso de que posteriormente se convierta en imputado, no puede valorarse en su perjuicio (cf. *supra* § 28 nm. 23, casos 1-3).[1120]

Casos y preguntas

204. En el marco de la valoración de la prueba, el silencio del imputado ¿puede ser valorado en su perjuicio?
205. A pone fin a la vida de su novia F que, entretanto, se había distanciado de él y acercado a su nuevo novio B. Después de varios intentos de suicidio infructuosos de su parte, A comparece ante la policía, pide ver al director de la institución («vengo por un asesinato») y, al ser preguntado por la agente policial, informa que ha matado a su novia. En el juicio oral, A declara que ha matado a F a petición de esta; ella pidió el homicidio porque estaba desgarrada entre el amor hacia él y la esperanza, a causa de un próximo matrimonio con otro hombre, lo cual le brindaría una vida sin preocupaciones. El tribunal reputa esto como una coartada en su beneficio y se basa para ello, entre otras cosas, en el argumento de que A, durante su detención y su interrogatorio policial, no contó nada sobre una petición de homicidio de parte de la víctima. ¿Es admisible este proceder del tribunal?
206. A partir de la circunstancia de que el testigo se ampara en un derecho de abstenerse de responder preguntas conforme al § 55, ¿pueden extraerse conclusiones negativas para el acusado y el propio testigo (en un proceso ulterior en su contra)?

Comentarios desde la perspectiva española

El art. 741 Lecrim establece la libre valoración de la prueba, con referencia expresa a la valoración en conciencia («El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley»). Igualmente, aunque con referencia a la prueba testifical, el art. 714 remite a las «reglas del criterio racional». No contempla nuestra Lecrim el clásico estándar probatorio de «más allá de toda duda razonable», que sí se plantea en las recientes propuestas de reforma de la legislación procesal penal.

1120. *BGHSt* 38, 302; con nota de Dahs/Langkeit, *NStZ* (1993), 213.

Esta «libertad» de valoración por el tribunal no puede entenderse como arbitrariedad ni como una libertad ilimitada del juzgador, sino que (STC 31/1981, de 28 de julio):

a) La apreciación de la prueba en conciencia exige que toda condena sea precedida de una mínima actividad probatoria de cargo, llevada a cabo con todas las garantías. La explicación de esta mínima actividad conlleva la necesaria motivación de la sentencia.
b) El tribunal debe valorar la prueba partiendo de una apreciación lógica y racional de la misma, atendiendo a criterios objetivos como las máximas de la experiencia.
c) Esta configuración permite un cierto control de la racional de la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia a través de la motivación realizada.
d) Por último, como hemos indicado, es necesario motivar, justificar esa apreciación, de forma que se indique cuáles son los medios de prueba que han sido tomados en consideración para entender como probados ciertos hechos (art. 120 CE y 24. 2 CE).

No obstante, dicha «libertad» valorativa, y siempre en garantía de la presunción de inocencia, encontramos alguna limitación en que ésta no puede ser desvirtuada; a modo de ejemplo, podemos citar los supuestos en que la única prueba de cargo es la declaración de un coimputado o de un arrepentido, cuya valoración debe realizarse con muchas cautelas. Otra importante excepción, si bien sometida a vaivenes jurisprudenciales, la encontramos con ciertas actitudes del acusado, así, el art. 24.2 proclama el derecho del acusado a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, lo que determina que no pueden inferirse consecuencias negativas cuando se acoge al mismo y permanece en silencio. Pese a tal importante derecho, lo cierto es que la jurisprudencia ha reconocido que en determinados supuestos esta negativa a contestar, siempre y cuando existen otras pruebas de cargo, puede ser tomada en consideración por el tribunal.

En cuanto a la valoración de la declaración de la víctima, cuando dicha declaración es la única prueba de cargo, los tribunales españoles han establecido los criterios que deben tomarse en consideración para su consideración, de forma que por sí sola pueda desvirtuar la presunción de inocencia siempre que no haya motivos para dudar de la verosimilitud de dicha declaración.[1121]

1121. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 119/2019 de 6 de marzo, que se refiere a un total de once criterios, que resumidamente se refieren a:

La seguridad en la declaración ante el Tribunal por el interrogatorio del Ministerio Fiscal, letrado/a de la acusación particular y de la defensa.
Concreción en el relato de los hechos ocurridos objeto de la causa.
Claridad expositiva ante el Tribunal.
«Lenguaje gestual» de convicción. Este elemento es de gran importancia y se caracteriza por la forma en que la víctima se expresa desde el punto de vista de los «gestos» con los que se acompaña en su declaración ante el Tribunal.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Seriedad expositiva que aleja la creencia del Tribunal de un relato figurado, con fabulaciones, o poco creíble.

Expresividad descriptiva en el relato de los hechos ocurridos.

Ausencia de contradicciones y concordancia del iter relatado de los hechos.

Ausencia de lagunas en el relato de exposición que pueda llevar a dudas de su credibilidad.

La declaración no debe ser fragmentada.

Debe desprenderse un relato íntegro de los hechos y no fraccionado acerca de lo que le interese declarar y ocultar lo que le beneficie acerca de lo ocurrido.

Debe contar tanto lo que a ella y su posición beneficia como lo que le perjudica.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Capítulo 30. La sentencia concertada – acuerdo en el proceso penal

I. RASGOS PRINCIPALES

(1) En todo procedimiento en que no hay confrontación, sino que se conduce cooperativamente, existen formas de negociación entre la Fiscalía, el tribunal y la defensa acerca de la marcha y la estructuración del proceso, los plazos, etc. Sin embargo, un «acuerdo» en un sentido técnico-jurídico tiene una cualidad totalmente diferente. La finalización convenida del proceso, en la cual, en cierta medida, se intercambian prestación y contraprestación, se había desarrollado como un instituto jurídico *praeter* (para los críticos *contra*) *legem*. Los acuerdos conclusivos del proceso tienen lugar en todos sus estadios. En el procedimiento de investigación, la Fiscalía y la defensa acuerdan el sobreseimiento conforme al § 153a –una norma que implícitamente presupone un arreglo– o una solución por la vía del mandato penal. En el procedimiento intermedio, antes y durante el juicio oral, tienen lugar conversaciones de estos intervinientes con el tribunal (mayormente sin los jueces legos) acerca de sí, y en qué medida, el imputado podría confesar, y la pena que le correspondería en tal supuesto; así como sobre cuánto tiempo duraría el proceso si aquello no ocurre y cuál es la expectativa de pena de la cual parte el tribunal en dicho caso.

(2) Hay muchos (y también buenos) motivos para una reducción y finalización concertada del proceso penal. Grandes casos de criminalidad económica, a menudo, son tan extensos y complicados jurídicamente que apenas pueden manejarse. Un juicio oral de varios años bloquea la Cámara Penal y, al final, no ofrece mucho más que lo que se advierte al principio. En un balance general, la merma de la «justicia» es pequeña (cf. ya *supra* § 3 nm. 2). Pero también en otros casos el juicio oral frecuentemente «no vale la pena».

> **Ejemplo**: En un proceso penal tributario, el acusado ha sido condenado a tres años y seis meses de prisión. El BGH revoca la sentencia en casación, porque la condena solo podía tomar como base la mitad de la suma evadida. El nuevo juicio oral, si el

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

acusado guarda silencio, demandaría de nuevo una amplia producción de prueba y duraría aproximadamente treinta días. ¿Qué es lo que resultará de él?: no más de dos años de pena suspendida. Esto es claro para todos.

(3) Pero los acuerdos son también siempre peligrosos. El imputado se encuentra bajo presión. ¿Debe involucrarse en el *deal* a fin de evitar el riesgo de una pena más alta pero, por otro lado, renunciar a la oportunidad de una absolución y brindar la confesión a la que se opone? A veces, es el defensor quien le aconseja hacerlo y, a veces, llega a esa situación por las «ofertas» del tribunal y de la Fiscalía. Dicha presión por prestar una confesión no alcanza la intensidad del § 136a. No obstante, los acuerdos siempre ponen en peligro la validez de diversos principios del derecho procesal.

(4) No se rebate la presunción de inocencia en un proceso formalmente regular, se oculta una eventual duda del tribunal (*in dubio pro reo*) y se afecta el principio *nemo tenetur*. El tribunal no esclarece completamente los hechos en todas las direcciones, tal como imponen el principio de averiguación y el deber de esclarecimiento. El estándar de la verdad material, frecuentemente, no se alcanza (sin embargo, la crítica de que en los acuerdos uno se conforma solo con la verdad formal es injustificada).[1122] El convencimiento del tribunal no se basa en el «prototipo» de una producción probatoria desarrollada completamente. Con un acuerdo, la Fiscalía pone en cuestión el principio de legalidad. El tribunal está de acuerdo con una pena que puede ser más benigna que aquélla alcanzable luego de un esclarecimiento completo y, con ello, no impone la pena adecuada a la culpabilidad (§ 46 StGB). Las negociaciones o conversaciones decisivas no tienen lugar en la sala de audiencias. De esta manera, están afectados los principios de publicidad y oralidad. El arreglo se prepara y habitualmente también se cierra en «un pequeño círculo»; los jueces legos, el imputado y los demás intervinientes en el proceso se enteran recién después. En parte, se les quita su derecho de presencia y participación. Cuando, para poner en marcha un acuerdo, el acusado se muestra dispuesto a una confesión que finalmente no llega a buen puerto, los jueces podrían configurar un peligro de parcialidad.

Estas y otras objeciones fueron acentuadas críticamente por la doctrina.[1123] Otros han destacado que los acuerdos son legítimos y, debido a que tienen límites, también son legales.[1124] El BGH se ha esforzado por establecer la práctica concordancia que existiría entre los principios abstractos de nuestro derecho procesal penal y las modalidades procesales de la praxis, asegurándolas a través de reglas.[1125]

1122. Cf. Volk, FS Salger (1995) 411.
1123. Cf. Fischer, *NStZ* (2007), 433; Hassemer, *JuS* (1989), 890; Lüderssen, *StV* (1990), 415; Meyer-Goßner, *NStZ* (2007), 425 (en detalle sobre los proyectos de reforma); Schünemann, *StV* (1993), 657; Weigend, *JZ* (1990), 774.
1124. De la extensa literatura, cf. p. ej. Böttcher/Dahs/Widmaier, *NStZ* (1993), 375; Dahs, *NStZ* (1988), 153; Hanack, *StV* (1987), 500; Leipold, *NJW*-Spezial (2004), 183; Meyer-Goßner, *ZRP* (2004), 187 ss.
1125. Resumido en *BGHSt 43*, 195; cf. Satzger, *JA* (1998), 98 ss.; en detalle sobre el desarrollo de la jurisprudencia en el período previo a la regulación legal: Radtke/Hohmann/Ambos/Bock, § 257c nm. 4 ss.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

II. LA REGULACIÓN LEGAL

(5) La «Ley para la regulación del acuerdo en el proceso penal» de 28 de mayo de 2009 ha dado (precipitadamente[1126]) un fundamento a las reglas desarrolladas por la jurisprudencia, pero también las ha modificado de forma peligrosa. Las nuevas normas son los §§ 35a; 44; 160b; 202a; 212; 243, inc. 4.°; 257b; 257c; 267, inc. 3.°, 5.ª oración; 273, inc. 1.° y 1.°a; 302. La regulación legal, aprobada por el BVerfG en 2013[1127] y que ha dado lugar a una jurisprudencia casi imposible de reseñar,[1128] se puede esquematizar de la siguiente manera:

(6) El tribunal y los intervinientes en el proceso pueden iniciar conversaciones fuera del juicio oral (v. ahora los §§ 160b, 202a, 212 y 257b).[1129] Los acuerdos deben ponerse al descubierto en el juicio oral y público (§ 247, inc. 4.°).[1130] Como acontecimiento procesal esencial, ellos deben protocolizarse (273, inc. 1.° y 1.°a).[1131] Con la confesión del imputado, el tribunal no queda liberado del deber de examinar su credibilidad y de intentar aclarar otras dudas que se susciten.[1132] En todo esto, los hechos no están a disposición de las partes (*fact bargaining*).[1133] Sin embargo, la falta de claridad respecto a en qué medida los casos regulares (*Regelbeispiele*) de la disposición –relevantes para la determinación de la pena– son suprimidos o no, permite ver lo cerca que pueden estar las cosas.[1134] La pena no puede establecerse y asegurarse con exactitud (límite superior e inferior; § 257c, inc. 3.°, 2.ª oración).[1135] No obstante, es admisible mencionar un marco punitivo (adecuado a la culpabilidad).[1136] De todas maneras, el marco de la pena no puede ser inferior a la que corresponde según la culpabilidad (cf. § 257c, inc. 3.°, 2.ª oración). Si bien se puede hacer referencia a la regla de que una confesión

---

1126. Cf. solamente Fischer, *NStZ* (2007), 433; y *StraFo* (2009), 177; Meyer-Goßner, *ZRP* (2009), 107; sobre los errores estructurales fundamentales (acuerdo en el «proceso inquisitivo»), Fezer, *NStZ* (2010), 177.

1127. BVerfGE, *NJW* (2013), 1058. Con respecto a ello, p. ej. König/Harrendorf, AnwBl. (2013), 211; Becker, *JA* (2017), 641.

1128. Cf. para más detalles, p. ej., el comentario de las disposiciones mencionadas en Meyer-Goßner/Schmitt.

1129. Cf. ya BGH, *NStZ* (1985), 36 s.; 2009, 701 (ningún motivo *per se* para el temor de parcialidad).

1130. *BGHSt* 38, 102, 105. Si esto no ocurre (o no se establece en las actuaciones), se configura un defecto procesal que puede conducir a la invalidez del acuerdo o al temor de parcialidad, mas no al motivo absoluto de casación (§ 338, núm. 6); BGH, *NStZ* (2005), 162.

1131. *BGHSt* 43, 195, 206; BGH, *NStZ* (2007), 355. Sobre el alcance de la obligación de comunicar según la ley vigente, p. ej., BGH, *NStZ* (2017), 363; 2019, 484; más detalladamente, Meyer-Goßner/Schmitt, § 243 nm. 18a.

1132. Cf. ya BVerfG, *NStZ* (1987), 419. BGH, *NStZ* (2003), 383. Incluso ante una confesión, el tribunal debe agotar el material probatorio y formarse su convicción a partir de esa base; BGH, *NStZ* (2008), 54; continuado por BGH, *NStZ* (2008), 173. No obstante, esto ya era así hace 500 años; Volk, *NJW*-Spezial (2009), 422 (hipócrita tanto hoy como ayer). En lo sucesivo, BVerfG, *NJW* (2013), 1058, 1063; BGH, *NStZ* (2017), 173. Más detalladamente Radtke/Hohmann/Ambos/Bock, § 257c nm. 29 s.

1133. Cf. BGH, *NJW* (2011), 1526 respecto a un acuerdo (inadmisible) sobre la condena solo del delito base («en el acta del juicio oral consta, entre otras cosas: "En la confesión del acusado P, no es necesario que consten elementos que hablen de la actuación de una banda"»).

1134. Beulke/Swoboda, nm. 395ª, con más referencias; críticos sobre la diferenciación referida a esto entre elementosde cualificación y ejemplos regulares (*Regelbeispielen*) Radtke/Hohmann/Ambos/Bock, § 257c nm. 31.

1135 BGH, *NStZ* (2011), 231 y 648. Sobre la prohibición de una sanción puntual (*Punktstrafe*), cf. también *BGHSt* 42, 46, 48.

1136. BGH, *NStZ* (2011), 231 y 648.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

opera morigerando el castigo, y mencionar para este caso una cierta cantidad de pena, no puede ofrecerse como alternativa una pena mucho más alta; esta «brecha sancionatoria» constituye una coacción inadmisible a la confesión.[1137] Según la jurisprudencia, las resoluciones sobre una condena en suspenso, media pena, etc., no eran negociables de antemano; sin embargo, ahora sí lo son (§ 257c, inc. 3.º, 2.ª oración).[1138] No obstante, todavía no se puede negociar una «solución global» en la que la Fiscalía acepte sobreseer otros procedimientos.[1139] Respecto de un acuerdo, deben poder manifestarse todos los intervinientes en el proceso (también los coacusados, acusadores adhesivos, etc.; § 33).[1140] El acuerdo se alcanza con el consentimiento expreso del acusado y de la Fiscalía.[1141] Una renuncia a los recursos, antes de la comunicación de la sentencia, no puede convenirse de manera que no pueda ser modificada, ni establecerse como condición (cf. ahora el § 302, inc. 1.°, 2.ª oración).[1142] Por otra parte, un acuerdo sin renuncia a los recursos carece de sentido. La jurisprudencia, en principio, no era uniforme: por un lado, no debía ser objetable un «vago compromiso, en el sentido de un ofrecimiento, de una renuncia a los recursos» pero, por otro lado, correspondía dudar incluso de cualquier «gestión» en pos de la renuncia. El Gran Senado del BGH había logrado entonces claridad: «El tribunal, en el marco de un acuerdo de sentencia, no debe participar en la discusión de una renuncia a los recursos, ni puede alentar una renuncia semejante». Si esto ocurre de todas maneras, la renuncia a los recursos es ineficaz.[1143] El § 302 inc. 1.º, 2.ª oración,[1144] que garantiza esta postura, se ve ciertamente socavado por la praxis, ya que la renuncia al recurso se sustituye por su desistimiento, es decir, el condenado presenta un recurso y luego (como ha sido deseado) lo retira inmediatamente.[1145]

III. OTROS ASPECTOS

(7) El acuerdo es vinculante. Ya no se trata de una promesa judicial, sino de un convenio del tribunal con los intervinientes en el proceso (§ 257c, inc. 1.°, 1.ª oración). El conflicto fundamental con el deber de esclarecimiento (§ 257c, inc. 1.°, 2.ª oración) resulta, así, irresoluble (o bien se opta por el consenso, o bien por la verdad de oficio). El consentimiento demandado de la Fiscalía (§

1137. BGH, *NStZ* (2007), 655; (2008), 170.
1138. Meyer-Goßner/Schmitt, § 257c nm. 12. Cf. también BGH, *NStZ* (2014), 219; (2015), 294, 295 sobre la decisión de mantener la prisión preventiva. Además, BGH, *NJW* (2017), 244 en el sentido de que al menos la restricción de la persecución (§ 154a) no puede ser objeto de un acuerdo.
1139. BVerfGE, *NJW* (2013), 1058, 1064; según BGH, *NStZ* (2017), 56, se debe permitir, sin embargo, al menos que se anuncien estos ajustes. Cf también Radtke/Hohmann/Ambos/Bock, § 257c nm. 25.
1140. *BGHst* 37, 298, 304; deliberación intermedia: *BGHSt 38*, 102, 105.
1141. Cf. BGH, *NStZ* (2019), 688; Radtke/Hohmann/Ambos/Bock, § 257c nm. 38.
1142. *BGHSt* 43, 195; *45*, 227.
1143. Aunque esto no alcanza al acuerdo, que mantiene sus efectos; BGH, *NStZ* (2008), 416.
1144. Cf. Meyer-Goßner/Schmitt, § 302 nm. 26b respecto al hecho de que solo debe haber tenido lugar un acuerdo, de modo que no es posible una renuncia incluso aunque el tribunal haya diferido del acuerdo en su sentencia.
1145. Este proceder ya ha sido aceptado (significativamente) por el BGH desde principios de 2010 (*NStZ* [2010], 409).

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

257c, inc. 3.°, 4.ª oración) colisiona con la independencia del juez, garantizada constitucionalmente. Según las reglas desarrolladas originalmente por la jurisprudencia, el tribunal podía desvincularse de un acuerdo solamente «cuando fueron obviados aspectos jurídicos o fácticos relevantes que ya se encontraban disponibles al convenir la sentencia; o bien cuando en el juicio oral aparecen circunstancias nuevas (es decir, desconocidas hasta el momento para el tribunal) y graves en perjuicio del acusado».[1146] La regulación legal excede esto doblemente. La vinculatoriedad no tiene lugar cuando el marco penal ofrecido ya no resulta adecuado para el tribunal (§ 257c, inc. 4.°, 1.ª oración). ¿Para qué entonces un acuerdo formal, si el principio inquisitivo puede invalidar el consenso? Más peligroso aún, es que el tribunal pueda desentenderse del convenio, «cuando la conducta procesal ulterior del acusado no se corresponda con la conducta que sirvió de base al pronóstico del tribunal» (§ 257c, inc. 2.°). De esta manera, el tribunal puede controlar la defensa del acusado, y «amenazarlo».[1147]

(8) El acuerdo crea un tipo de confianza. Es desleal respecto del acusado, que carga con el riesgo de que el acuerdo se cumpla, apartarse de él sin motivo fundado.[1148] Si esto ocurre de todas formas, el acusado no puede ser tratado como si no hubiera habido ningún acuerdo.[1149] El BGH rechaza una «pérdida de la pretensión penal estatal» en lo que excede la pena ofrecida, del mismo modo que la construcción de un impedimento procesal (como también en otras situaciones de conducta «desleal» del Estado; cf. *supra* § 14 nm. 27 s.). El mencionado tribunal, sin embargo, considera como obligatoria una reducción significativa de la pena.[1150]

Al igual que en otros convenios, puede producirse un disenso.

Ejemplo: El acusado era de la opinión de que el convenio, según el cual ya no deberían ser perseguidos otros hechos, comprende todas las imputaciones efectuadas en el procedimiento de investigación, mientras que la Fiscalía se refería solo a los hechos acusados y no a los excluidos (§ 154).[1151]

(9) El BGH había derivado una prohibición de valoración para la confesión a partir del principio del proceso leal (cf. ahora el § 257c, inc. 4.°, 3.ª oración, ¡aunque estrictamente limitado a las situaciones procesales de las oraciones 1.ª y 2.ª!).[1152] Si, de acuerdo con la situación probatoria, se puede condenar al acusado incluso sin la confesión, igualmente, la pena debe resultar más benigna. Las decisiones sorpresivas, como siempre, no son admisibles. Si el tribunal no quiere atenerse al acuerdo, el principio del proceso leal impone advertir al acusado al respecto (cf. ahora § 257c, inc. 4.°).

1146. BGH, *NStZ* (2008), 416, 417.
1147. También críticos con razón, p. ej., Beulke/Sowada, nm. 396a con más referencias; además Radtke/Hohmann/Ambos/Bock, § 257c nm. 42 refiriéndose a la indeterminación del concepto de conducta procesal, cuya concreción se deja en última instancia en manos de los tribunales.
1148. BGH, *StV* (1997), 583, 587; *NStZ* (2005), 115.
1149. Cf. Beulke/Satzger, *JuS* (1997), 1079.
1150. *BGHSt* 37, 10, 14.
1151. *BGHSt* 42, 191, 194.
1152. *BGHSt*, *ibid*.

Si la Fiscalía estuvo involucrada en el acuerdo, pero luego se desvincula unilateralmente de él (lo cual lesiona el principio del proceso leal), el tribunal debe utilizar todos los márgenes de discrecionalidad para, tanto como sea posible, observar el acuerdo concertado.[1153]

Casos y preguntas

207. ¿Qué se entiende por el denominado acuerdo? ¿Hay una regulación legal para ello?
208. ¿Qué cuenta a favor y qué en contra de un acuerdo en el proceso penal?
209. ¿Cuándo es admisible un acuerdo?
210. ¿Qué principios había construido la jurisprudencia de los altos tribunales para la admisibilidad de un acuerdo?
211. La Fiscalía y la defensa se pusieron de acuerdo durante el procedimiento de investigación en no acusar al imputado, sino en sobreseer el proceso conforme al § 153a. Sin embargo, tiempo después, la Fiscalía presenta la acusación. ¿Es esta admisible?
212. En el marco de un acuerdo llevado a cabo por el tribunal, la Fiscalía y la defensa; se conviene una renuncia a los recursos. Después de la comunicación de la sentencia, la Fiscalía y la defensa, respectivamente, presentan una renuncia a los recursos. Posteriormente, al condenado le surgen dudas, y todavía desearía defenderse contra la sentencia. ¿Es esto posible según la nueva situación legal?

Comentarios desde la perspectiva española

La Lecrim no hace referencia explícita a la posibilidad de negociaciones y acuerdos, más allá de la regulación de la institución de la conformidad, que supone la aceptación por el investigado o acusado, con la aquiescencia de su abogado, de la pena solicitada por la acusación o la más grave de las solicitadas cuando hay varias acusaciones. Como consecuencia de dicha aceptación se dicta sentencia de manera inmediata.

Esta aceptación de la pena encuentra su razón de ser para la pequeña y mediana criminalidad, sin perjuicio de que la regulación legal, a la que seguidamente haremos una breve referencia, permita también la misma en el marco del proceso penal por delitos más graves (procedimiento legalmente adecuado para enjuiciar los delitos castigados con penas privativas de libertad superiores a nueve años).

1153. BGH, *NStZ* (2008), 416, 417. La asunción de un impedimento procesal parece discutible. En todo caso, podría exigirse una atenuación de la pena (cf. también Beulke/Swoboda, nm. 396e, con más referencias).

I. MODALIDADES

La Lecrim realiza una regulación algo compleja de la conformidad, atendiendo al procedimiento en que se pueda producir, que nos permite distinguir las siguientes modalidades:

1. Reconocimiento de hechos en el proceso abreviado

Este reconocimiento supone que, durante el desarrollo del procedimiento de investigación del procedimiento abreviado, el investigado reconoce los hechos que se le imputan, siempre que se trate de un hecho punible castigado con pena igual o inferior a tres años (art. 779.1-5.ª Lecrim). La validez de esta aceptación depende de que el investigado cuente con asistencia letrada y que este también esté de acuerdo con el reconocimiento. Manifestada la voluntad en este sentido por el investigado, se convoca a una audiencia al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, para que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del imputado, transformándose el procedimiento abreviado en juicio rápido, aplicándose los arts. 800 y 801, a los que seguidamente haremos referencia.

2. Conformidad con el escrito de acusación

La conformidad con el escrito de acusación, en que claramente se pone de manifiesto su carácter negociado, presenta a su vez dos modalidades atendiendo al procedimiento en que estemos:

a) En el proceso abreviado

En el proceso abreviado, la conformidad con la acusación se produce una vez abierto el juicio oral y formulada la calificación provisional. En este caso, el acusado puede conformarse (es decir, aceptar la pena más grave solicitada) en su escrito de defensa o ante un nuevo escrito de calificaciones provisional tras la correspondiente negociación con la Fiscalía y demás partes personadas (pues se requiere que todas las acusaciones estén de acuerdo y acepten dicha conformidad). Lo importante, en cualquier caso, es que acepte, con la correspondiente asistencia letrada –pues suele ser el abogado quien realmente le aconseja al imputado hacerlo–, la pena solicitada o la más grave de las solicitadas por las acusaciones, siempre dentro del límite del procedimiento abreviado (nueve años de privación de libertad).

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Si el juez de instrucción está de acuerdo, se pasa directamente a dictar sentencia por el órgano competente, que deberá comprobar que se cumplen los requisitos de la conformidad para poder dictar la sentencia.

b) En el proceso penal para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos

En el proceso penal para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, se permite la conformidad con el escrito de acusación ante el Juzgado de Guardia (arts. 800.2 y 801). En este caso, además de la aquiescencia defensor-imputado, se exige que los hechos hayan sido calificados como delito castigado con una pena de prisión de hasta tres años, con pena de multa o con otra de distinta naturaleza cuando no exceda de diez años. Además, si la pena es de prisión, es necesario que la pena efectivamente solicitada en el escrito de acusación (o la suma de las penas de ser varias) no supere los tres años; de esta manera, la consecuencia de la conformidad es la reducción de dicha pena en un tercio (quedándose en dos años) y se procede –en su caso– a la suspensión o sustitución de la misma.

También en esta modalidad, el juez debe controlar el cumplimiento de los requisitos de validez de la misma, y en caso contrario continuar con el procedimiento.

c) En los juicios por delitos leves

En los juicios por delitos leves, sorprendentemente, no encontramos referencia alguna a la conformidad, pero la aplicación supletoria del procedimiento abreviado y del juicio rápido, junto con la propia naturaleza de esta institución, permiten afirmar que debe ser posible también en este procedimiento.

3. Conformidad en el acto del juicio oral

La tercera modalidad de conformidad se produce ya en el acto de la vista o juicio oral, es decir, presentados los escritos de acusación y defensa, se puede distinguir también en función del procedimiento:

a) En el proceso abreviado y en el juicio rápido

En el proceso abreviado y en el juicio rápido (arts. 787 y 801.1 respectivamente), la conformidad se solicita ante el órgano encargado del enjuiciamiento, y la iniciativa corresponde al abogado –con el visto bueno del imputado–. La ley permite que la conformidad se preste con un escrito presentado en el acto del juicio oral, como un segundo escrito de acusación resultado de la negociación

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

entre la defensa y el Ministerio Fiscal, que conlleva una petición de pena más baja condiciona a dicha conformidad.

Si bien la regulación es similar en ambos procedimientos, en el caso del proceso abreviado es importante matizar que, en el procedimiento abreviado, si la pena solicitada y conformada no excede de seis años, se dicta sentencia inmediatamente en el sentido de dicha conformidad, es decir, el tribunal, comprobados los requisitos de la conformidad, está vinculado a la pena solicitada efectivamente. Ante el silencio legal, cuando la pena excede de seis años (sin sobrepasar los nueve) no se encuentra vinculación, por lo que podrá imponer siempre pena menor o absolver. Que esta consecuencia no pueda ser aplicada en el caso anterior, ha sido objeto de importantes críticas desde la doctrina.[1154]

b) En el proceso ante el Tribunal del Jurado

En el proceso ante el Tribunal del Jurado, el art. 50.1 permite la conformidad con la acusación provisional, que tiene como consecuencia la disolución del jurado y el magistrado-presidente pasa a dictar sentencia en el sentido de la conformidad. El límite punitivo fijado por el legislador en este caso es el de seis años de privación de libertad, sola o conjuntamente con las de multa y privación de derechos.

II. RECURRIBILIDAD

El art. 787.7 Lecrim reconoce la posibilidad de recurrir las sentencias de conformidad cuando no se hayan respetado los requisitos o los términos para su aplicación.

1154. Gómez Colomer y Barona Vilar (2021b, 415-416).

ISBN: 978-84-18432-78-1

DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Capítulo 31. La sentencia

I. CONCEPTOS

(1) Con la sentencia, se cierra el juicio oral (§ 260, inc. 1.°). De esta manera, el proceso está concluido en esta instancia. No hay sentencias intermedias. La sentencia debe agotar el objeto procesal (en detalle al respecto, *infra* nm. 5).[1155] No hay sentencias parciales (excepción: la sentencia fundada y parcial en el procedimiento de adhesión; § 406, inc. 1.°, 2.ª oración; al respecto, *infra* § 39 nm. 35). La sentencia de fondo consiste en la condena o la absolución (§ 267, inc. 1.° y 5.°). Si en el juicio oral se ha comprobado un impedimento procesal, el proceso se sobresee mediante una sentencia procesal (§ 260, inc. 3.°).

II. LA SENTENCIA PROCESAL

(2) De acuerdo con la función que la opinión dominante asigna a los presupuestos procesales, debería pensarse que un impedimento procesal conduce forzosamente a una decisión procesal, y hace imposible toda decisión sobre el fondo. Sin embargo, es indiscutido que en algunas situaciones la absolución goza de prioridad.

1. Momento de la decisión

(3) Si el impedimento procesal recién se descubre cuando, de acuerdo con el desarrollo del procedimiento probatorio, consta ya que no puede probarse un delito al acusado, es decir, que no ha de rebatirse la presunción de inocencia, este puede esperar que ello se manifieste a través de una absolución y que no se bloquee mediante una decisión procesal.[1156] Lo mismo vale cuando la absolución está al alcance de la mano, esto es, cuando para ello solo debe realizarse poco esfuerzo en la etapa de prueba.[1157]

1155. BGH, *NStZ* (1984), 212.
1156. *BGHSt* 20, 333; BGH, *StV* (2017), 379, 380 (absolución en lugar de sobreseimiento por prescripción según la ley de prensa).
1157. Cf. BGH, *NStZ-RR* (1996), 299.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

2. Concurso

(4) Se trata de casos en los cuales el supuesto fáctico por el que se acusa comprende dos (o varios) delitos que convergen en una unidad de hecho. Conforme al resultado del juicio oral, puede suceder que uno está afectado por un impedimento procesal (p. ej., prescrito) y el otro no resulta comprobable o no ha sido cometido. La sentencia únicamente ha de ser uniforme, y no puede consistir parcialmente en un sobreseimiento, parcialmente en una absolución. El reproche más grave define cómo debe decidirse.

> **Ejemplos**: No ha sido comprobado un delito grave, y el delito menos grave no resulta perseguible: absolución. El robo con fractura no es acreditable, respecto de la violación de domicilio falta el requerimiento penal: absolución.
>
> **Caso**: Al acusado se le reprocha una infracción dolosa de la ley de drogas (tráfico). El tribunal sobresee el proceso porque la deliberación ha arrojado que solo puede comprobársele un hecho imprudente que, no obstante, se halla prescrito.

El tribunal debería haber advertido acerca de este cambio en el punto de vista jurídico (§ 265; cf. *supra* § 13 nm. 6). Además, ha desconocido la prioridad de la absolución.[1158]

III. LA SENTENCIA DE FONDO

(5) La sentencia no puede ir más allá del hecho de la acusación (cf. *supra* § 13 nm. 5), aunque tampoco puede quedarse detrás y comprender solamente partes de él. La pregunta sobre si ella agota el objeto procesal, surgirá de una comparación entre la acusación admitida en el auto de apertura y la parte dispositiva de la sentencia,[1159] referida al alcance del suceso (§ 264, inc. 1.°). El tribunal es libre (§ 264, inc. 2.°) respecto a la valoración jurídica del hecho por el que se acusa.

1. La regla general: condena o absolución

(6) Sobre un hecho solo puede decidirse unificadamente.[1160] Si el auto de apertura se basó en la aceptación de un concurso ideal (§ 52 StGB) entre diversos delitos, pero se condena al acusado solo por uno de ellos, no se dicta una absolución parcial «por el resto». La determinación del qué y por qué no fue condenado parcialmente, resulta (solamente) de los fundamentos.

1158. *BGHSt* 36, 340.
1159. *BGHSt*, *NStZ* (1993), 551.
1160. BGH, *NStZ* (1985), 15.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

2. La excepción: absolución parcial

Se produce en diversas variantes, pese a que solo existe un hecho en sentido procesal.

(7) *a*) Materialmente, los delitos se hallan en una relación de concurso real entre sí (cf. *supra* § 13 nm. 15). Uno de estos hechos punibles no ha sido cometido o no es comprobable. Esto debe exteriorizarse en la parte resolutiva (cf. *infra* nm. 13) a través de una absolución parcial («en lo restante, se absuelve al acusado»).

(8) *b*) El tribunal estima que no cabe condenar por un reproche que, según la acusación y el auto de apertura, debería concurrir realmente con los otros; no obstante, es de la opinión que, en una apreciación jurídica correcta, tal reproche se encontraría con los otros en una relación de unidad fáctica. Pese a ello, debe dictarse una absolución parcial.[1161] El deber de orientar la sentencia a la acusación admitida en el auto de apertura opera como vinculación; la libertad del § 264 no llega tan lejos.

(9) *c*) Esta vinculación se rompe cuando la suposición de una unidad fáctica era manifiestamente errónea y existe pluralidad de hechos. El acusado no puede entonces ser privado de la absolución parcial.[1162]

Estas excepciones no son conciliables con el concepto procesal del hecho y con la unidad que él instituye, pero lucen apropiadas porque se corresponden con el sentido social del reproche de varios delitos (en sentido jurídico-material).

IV. DELIBERACIÓN Y VOTACIÓN

(10) La deliberación, prescrita forzosamente en el § 260, inc. 1.°, no es parte del juicio oral (importante para el § 273). Se realiza en secreto (§§ 43; 45, inc. 1°, 2.ª oración DRiG). Luego de la deliberación, se vota (§§ 192-197 GVG). La ley solo regula quién vota y en qué orden, mas no sobre qué y cómo se vota. De la «naturaleza de las cosas» se desprende que primero se vota sobre los presupuestos procesales (con mayoría simple; § 263, inc. 3.°; § 196, inc. 1.° GVG). Después se decide sobre la cuestión de la culpabilidad, esto es, sobre la totalidad de los presupuestos materiales para la consecuencia jurídica de la pena; ello de forma global y no, por ejemplo, puntual (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, etc.). Para una condena, se requiere una mayoría de dos tercios (§ 263, inc. 1.° y 2.°; regulación especial respecto del § 196, inc. 1.° GVG). Lo mismo vale para la cuestión de la pena, es decir, el pronunciamiento de la consecuencia jurídica. En las cuestiones de la culpabilidad y de la pena, por consiguiente, los escabinos de una Cámara Penal en primera instancia no pueden imponerse a los jueces profesionales (cf. § 76, inc. 1.° GVG).

1161. BGH, *NStZ* (1988), 212; *NStZ-RR* (2016), 118.
1162. BGH, *NStZ* (1992), 398; *NStZ-RR* (1996), 202, 203.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

V. EL PRONUNCIAMIENTO DE LA SENTENCIA

(11) Forma parte del juicio oral. Por ello, deben estar presentes las personas designadas en el § 226, el acusado (§ 230) y, en caso de defensa necesaria, su defensor. El juez (el presidente; § 238, inc. 1.°) pronuncia la sentencia leyendo la parte dispositiva (cf. *infra* nm. 13), la cual ha sido previamente redactada; informa de sus fundamentos (que habitualmente no están todavía plasmados por escrito; § 268, inc. 2.°); e instruye a los afectados (aunque no a la Fiscalía en caso de absolución) acerca de sus posibilidades de interponer recursos (§ 35a). Hasta la finalización del pronunciamiento, es decir, hasta la última palabra respecto de los fundamentos, puede abrirse nuevamente un debate. No obstante, una vez iniciado el pronunciamiento de la sentencia, los intervinientes procesales ya no pueden formular peticiones tendientes a forzar dicho debate.[1163]

VI. CONTENIDO Y ESTRUCTURA DE LA SENTENCIA

1. Encabezamiento de la sentencia

(12) Esta parte (*Rubrum*; en tiempos antiguos escrita en rojo) contiene la denominación de «sentencia en nombre del pueblo» (§ 268, inc. 1.°); menciona los datos personales del acusado, los días de audiencia y los jueces, actuarios y defensores que participaron (§ 275, inc. 3.°).

2. Parte dispositiva (veredicto, tenor)

(13) La parte dispositiva contiene la decisión de sobreseimiento, condena o absolución. Es decisivo para el alcance de la cosa juzgada y, en caso de condena, para la ejecución de la pena. Los pormenores están reglados en el § 260, inc. 4.°.

3. Lista de parágrafos

La indicación detallada de las normas aplicadas (§ 260, inc. 5.°) es la base para el ingreso en el Registro Central Federal (§§ 20, inc. 1.°, n.º 6 BZRG). Dicha parte no es leída.

1163. *BGHSt* 15, 263, s.; BGH, *NStZ* (2005), 395.

4. Fundamentos de la sentencia

a) Condena; § 267, inc. 1.° y 3.°

Sinopsis 10: Estructura de los fundamentos de la sentencia

(14) Es un ejercicio común respetar un esquema determinado (que, no obstante, no precisa identificarse mediante títulos, números, etc.).

– Las relaciones personales del acusado

(Ejemplo: «X nació el 10 de abril de 1993, asistió a la escuela básica, comenzó una capacitación como...»).

– El desarrollo del hecho, de forma tal que se puedan encasillar «los hechos que se tienen por probados» en los "supuestos legales del delito» (§ 267, inc. 1.°, 1.ª oración).

(Ejemplo: «...ingresó el 2 de junio de 2021 al sector de cajas del Volksbank, apuntó con una pistola al cajero S y exigió...»).

– La valoración de la prueba

(Ejemplo: «Estas circunstancias fácticas se tienen por ciertas en razón de los testimonios creíbles de los testigos...»).

– La valoración jurídica

(Ejemplo: «... ha consumado de esta manera el tipo de la extorsión con violencia, porque...»).

– La cuantificación de la pena

(Ejemplo: «... debe considerarse que el acusado ha sido previamente condenado a una pena. A su favor, cuenta que...»).

(15) La regulación legal contiene solo un programa mínimo en el § 267, que ha sido ampliado considerablemente por la jurisprudencia de los tribunales superiores. Las exigencias más intensas en la apreciación de la prueba (cf. *supra* § 29 nm. 3 s.) deben tener su correlato en la fundamentación escrita de la sentencia, más allá del § 267, inc. 1.°, 2.ª oración.[1164] Pero dicha exigencia no se extiende «ni a la representación de un acontecimiento a reelaborar en sus mínimos detalles, ni a la narración del curso de las investigaciones o de la marcha del juicio oral»;[1165] el lector debe poder reconocer fácilmente las comprobaciones fácticas esenciales y las consideraciones jurídicas fundamentales.

1164. BGH, *NJW* (1980), 2423.
1165. BGH, *NStZ* (2007), 720.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

b) Absolución; § 267, inc. 5.°, 1.ª oración

(16) En la parte dispositiva se dispone la absolución. Si esta fue dictada «por inocencia comprobada» o por «falta de pruebas», se deriva únicamente de los fundamentos que, como en caso de una condena, deben ser susceptibles de control por el tribunal de casación.[1166] Así, por ejemplo, no puede omitirse la exposición de la forma en que se desarrollaron externamente los hechos, porque en el caso concreto faltaría sin más el dolo.[1167]

c) Fundamentación abreviada de la sentencia

Si la sentencia no es impugnable, los fundamentos pueden redactarse de forma más breve. Ello vale tanto para la condena (§ 267, inc. 4.°), como para la absolución (inc. 5.°, 2.ª oración).

5. Firma

La sentencia debe ser firmada por los jueces (§ 275, inc. 2.°).

Casos y preguntas

213. ¿Cuál es la diferencia entre la sentencia de fondo conforme al § 260, inc. 1.°, y una sentencia procesal según el § 260, inc. 3.°?
214. ¿Cuál es el objeto sobre el que recae la sentencia?
215. ¿Cómo se encuentra estructurada una sentencia y qué deben contener sus fundamentos?

Comentarios desde la perspectiva española

El proceso penal español solo puede terminar con una sentencia, en que el tribunal se pronuncie sobre el fondo del asunto, absolviendo o condenando al sujeto o sujetos acusados. A través de la sentencia se declara, por tanto, el *ius puniendi* del Estado, pues en el proceso penal, la llamada garantía jurisdiccional penal implica que las penas (o medidas de seguridad) solo pueden ser aplicadas por el Estado, a través de los tribunales en ejercicio de la potestad jurisdiccional y por medio del proceso.

1166. BGH, *NStZ* (2021), 227.
1167. BGH, *NJW* (1991), 2094.

Atendiendo a su contenido, las sentencias pueden ser absolutorias o condenatorias, y estas últimas son las que constituyen título ejecutivo en el proceso penal. En el proceso penal no cabe, por tanto, dictar sentencias meramente procesales en que no se entre en el fondo del asunto y deben ser puras, no sometidas a condición alguna, líquidas y determinadas. Si bien, la mayoría de las sentencias son escritas, el ordenamiento jurídico español permite dictar sentencias orales (*in voce*), principalmente en los procedimientos abreviados, juicios rápidos y por delitos leves.

I. REQUISITOS DE LA SENTENCIA

La validez de la sentencia depende del cumplimiento de una serie de requisitos, concretamente: motivación, claridad, exhaustividad y congruencia.

1. La motivación de la sentencia

Como ya hemos tenido ocasión de indicar, la sentencia debe estar motivada, fundamentada, de forma que se pueda entender cuál ha sido el razonamiento seguido por el tribunal para entender probados determinados hechos que han llevado a su pronunciamiento, condenatorio o absolutorio, o cuáles han sido las dudas que le han llevado a aplicar el principio *in dubio pro reo*. La importancia de dicho requisito queda patente por las propias referencias constitucionales a dicha exigencia (arts. 24.2 y 120.3 CE), integrándose en el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectivo y esencialmente unida a la presunción de inocencia, pues debe siempre explicarse cómo se desvirtúa. Esta motivación es fundamental para el correcto ejercicio del derecho a los recursos.

Esta motivación debe ser tanto fáctica, en que se incluye la valoración de la prueba (antecedente de hechos probados), como jurídica (fundamento jurídico), en que se aplica el derecho penal a los hechos probados. Aunque los tribunales españoles no exigen una prolija motivación, también han descartado la perniciosa «motivación por valoración conjunta de la prueba», que impide apreciar los motivos que han llevado al tribunal a entender probados ciertos hechos. Así, la jurisprudencia considera que en los antecedentes de hecho se contendrá de manera clara, contundente, terminante y no contradictoria los hechos que se consideran probados, excluyendo cualquier valoración jurídica o predeterminación del fallo; debiendo también explicar las dudas.

2. Exhaustividad

La sentencia debe ser exhaustiva, es decir, debe dar respuesta precisa a todas las pretensiones de las partes, no pudiendo obviar alguna de ellas.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

3. Congruencia

La congruencia de la sentencia supone que debe corresponderse y ser adecuada con lo pedido por las partes acusadoras y acusadas; es decir, no solo con la acusación. Esta correlación que exige la concurrencia obliga a comparar lo pedido por la acusación y defensa con el contenido de la sentencia. Debe, por tanto, analizarse los escritos de acusación provisionales y definitivos, en que se fija el hecho criminal imputado, así como los de defensa y compararlos con el fallo o parte dispositiva de la sentencia.

II. EL CONTENIDO DE LA SENTENCIA Y LA VINCULACIÓN DEL TRIBUNAL

Un epígrafe dedicado a la sentencia penal, no puede omitir la referencia a la compleja cuestión de la vinculación del tribunal a las alegaciones de las partes, vinculada de forma evidente al principio de contradicción y al conocido en España como principio acusatorio.

La regla general, no exenta de problemas prácticos en el día a día de los tribunales, es que el tribunal no puede condenar por un delito más grave que el que ha sido objeto de acusación (y defensa), si bien siempre podrá absolver. Ello no obstante, la Lecrim permite que el Tribunal pueda «desvincularse» y discutir la acusación planteada, cuando considere que los hechos se han calificado con manifiesto error, pero siempre manteniendo el respeto por los hechos probados que deben permanecer inalterados. Estamos ante la «tesis de desvinculación» regulada en el art. 733 para el proceso ordinario para delitos más graves, y en los arts. 788. 3, II; 788. 4 y 789. 3 para el proceso abreviado. La diferencia entre esta institución y los §§ 260, 264 y 265 StPO son evidentes.

El Tribunal podrá formular la tesis de desvinculación una vez presentadas las acusaciones definitivas en la vista oral, antes de los informes finales. Los presupuestos para su utilización, tal y como se reconoce en el art. 733, son: 1) que se trate de procesos incoados por delitos públicos o semipúblicos, excluyéndose en caso de delitos privados; y 2) que, a la vista de la prueba practicada, los hechos hayan sido calificados con manifiesto error por no haberlo incluido en un determinado tipo del Código Penal o por no haber apreciado la concurrencia de una eximente. Estas exigencias conllevan que los errores de calificación que no supongan una alteración ni agravación del título de la acusación, pueden subsanarse por el tribunal; al contrario que la apreciación de una agravante que no haya sido tomada en consideración por las partes.

Pues bien, lo realmente importante es que la ley exige que esta tesis del tribunal sea aceptada por alguna de las acusaciones para ser tomada en consideración, para cuyo análisis podrá pedirse la suspensión de la vista. Así, si alguna de las partes «hace suya» la propuesta del tribunal, este podrá tomarla en consideración para dictar sentencia, condenando por un título más grave que el sometido a debate. Sentenciar con esta agravación sin hacer uso de la tesis de desvinculación permite la interposición del recurso de casación por quebrantamiento de forma (art. 851-4.º Lecrim).

Capítulo 32. Cosa juzgada

I. COSA JUZGADA FORMAL

(1) Una sentencia ostenta la calidad de cosa juzgada *formal* cuando no puede (o ya no puede) ser impugnada mediante un recurso ordinario por los intervinientes. Es decir, la sentencia ya no puede ser modificada.

1. Sentencias

(2) Las sentencias ostentan la calidad de cosa juzgada formal cuando

- el plazo para recurrir ha expirado sin que se lo emplee;
- se retira un recurso interpuesto, o cuando todos los que tienen derecho a interponer recursos, renuncian a su interposición (§ 302);
- y finalmente, cuando el propio tribunal de casación ha decidido en el asunto (§ 354, inc. 1.°).

(3) La cosa juzgada *relativa* se produce cuando un interviniente en el proceso puede aún impugnar la sentencia, mientras que el derecho del otro precluyó.

> **Ejemplo**: El acusado, luego de dictada la sentencia, ha renunciado a los recursos; pero la Fiscalía, sin embargo, todavía no se ha decidido.

La cosa juzgada relativa solo es de importancia para la cuestión de determinar a favor o en contra de quién puede modificarse la sentencia en la instancia recursiva (cf. *infra* § 34 nm. 25), y para el cómputo de la prisión preventiva (§ 450, inc. 1.°; cf. el ejemplo).

(4) Solo la cosa juzgada *absoluta*, la cual es inimpugnable para todos los intervinientes en el proceso, torna a la sentencia ejecutable (§ 449) y desencadena el «efecto de bloqueo» (*Sperrwirkung*) de la cosa juzgada material. Sobre la *cosa juzgada parcial*, cf. *infra* § 34 nm. 18 ss.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

2. Autos

(5) Solo ostentan la calidad cosa juzgada formal los autos que son impugnables con queja inmediata (§ 311), o los que no lo son en absoluto (p. ej., §§ 81c, inc. 3.°, 4.ª oración; 349, inc. 2.°). Todos los otros autos pueden impugnarse por medio de la queja simple –que no está sujeta a un plazo– y, además, pueden modificarse por el propio tribunal. Por consiguiente, no adquieren la calidad de cosa juzgada formal.

II. COSA JUZGADA MATERIAL (SENTENCIAS)

1. Función de la cosa juzgada

(6) La sentencia inimpugnable, inmodificable, es decir, formalmente firme, se vuelve a su vez materialmente firme: ella desencadena un *efecto de bloqueo* (*Sperrwirkung*). Por medio de la decisión en la causa tiene lugar un «agotamiento de la acción penal». Quien fuera acusado no puede ser condenado una vez más por el mismo asunto (*ne bis in idem*; art. 103, inc. 3.° GG). Por consiguiente, resulta inadmisible un nuevo proceso en su contra (cf. *supra* § 14 nm. 20).[1168] Tampoco contra el absuelto puede impulsarse otra vez la persecución penal. La cosa juzgada material, no obstante, no solamente da lugar a un impedimento procesal. Su segundo sentido consiste en crear un derecho subjetivo.[1169]

(7) La decisión condenatoria se vuelve ahora ejecutable (§ 449, *efecto ejecutivo*). En algunas relaciones, aquél tiene un efecto comprobatorio (p. ej., § 66, inc. 1.°, núm. 1 StGB). También las sentencias procesales se vuelven materialmente firmes, cuando declaran el sobreseimiento del proceso en razón de un impedimento procesal no subsanable.[1170]

2. Alcance de la cosa juzgada

(8) Solo la parte dispositiva de la decisión tiene efecto de cosa juzgada. Los fundamentos de la sentencia no «bloquean» ni obligan.[1171] En otro proceso puede discreparse de ellos, e inclusive, pueden ser contradichos.

> **Ejemplos**: A ha sido absuelto por el reproche de hurto. B es condenado por instigación a ese hurto; los fundamentos detallan que A ha cometido el hurto.
>
> A ha sido condenado por hurto. B es absuelto respecto del reproche de favorecimiento, con el argumento de que el tribunal no está convencido de que A hubiera cometido un hurto. Para una excepción, cf. *supra* § 29 nm. 8.

1168. *BVerfGE* 3, 248, 251; *BGHSt* 5, 323, 328.
1169. *BVerfGE* 23, 191, 203 ss.
1170. Discutido; de otra opinión, Meyer-Goßner/Schmitt (2021), Introducción, nm. 172; en duda, *BGHSt* 32, 209, 210.
1171. *BVerfGE* 36, 174, 184 ss.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

3. «Acción complementaria»

(9) Si luego se comprueba que el hecho no ha sido completamente esclarecido, o que se ha pasado por alto un punto de vista jurídico, se mantiene el efecto de cosa juzgada de la decisión. No es admisible una acción complementaria. Esto vale incluso cuando la circunstancia no pudo ser considerada en absoluto, porque recién se configuró posteriormente (la víctima de la lesión corporal muere después de la sentencia). Estos casos infrecuentes deben ser tolerados y no constituyen razón alguna para relajar los férreos límites de la cosa juzgada.[1172]

4. La «esencia» de la cosa juzgada

(10) Esta cuestión, interesante solo teóricamente, pues en la práctica casi no tiene consecuencias, está en gran parte aclarada. La sentencia firme, cuando es errónea, no crea derecho material nuevo (o sea, no funda una «pretensión penal» contra el imputado), ni configura la situación jurídica de tal modo que el inocente tendría ahora la posición del culpable. Los efectos de la cosa juzgada se restringen al derecho procesal (teoría de la cosa juzgada jurídico-procesal). La ejecución de una sentencia equivocada es admisible procesalmente. En el derecho material, ella se mantiene como antijurídica. Para el condenado injustamente, que es sometido a la ejecución penal, existe por cierto una situación de legítima defensa; sin embargo, solo puede defenderse mediante la forma necesaria y prescrita (recurso).

5. La pérdida de la cosa juzgada

(11) La cosa juzgada ya producida se pierde si:

- se concede una reposición al estado anterior (cf. *supra* § 15 nm. 24);
- prospera un procedimiento de revisión (§§ 359 ss.; cf. *infra* § 38 nm. 23);
- el tribunal de casación revoca una sentencia que el propio afectado no había impugnado (§ 357, cf. *infra* § 36 nm. 55);
- el BVerfG deja sin efecto una sentencia (p. ej., luego de una acción constitucional; §§ 79, inc. 1.°; 95, inc. 2.° BVerfGG).

6. Competencia en las cuestiones prejudiciales

(12) Rara vez una sentencia penal firme vincula a otro tribunal en un proceso distinto (§ 190, 2.ª oración StGB). Las sentencias civiles firmes son vinculantes, cuando configuran la situación jurídica (p. ej., sentencias de divorcio) o, además, cuando producen efectos a favor y en contra *erga omnes* (§§ 640 ss. ZPO,

---

1172. *BVerfGE* 65, 377, 381; Achenbach, *ZStW* 87 (1975), 74 ss.

comprobación de la paternidad). En los demás casos, el propio tribunal penal decide sobre cuestiones prejudiciales civiles (§ 262). Los actos administrativos vinculan al juez penal, cuando son creadores del derecho (p. ej., el nombramiento del funcionario, el otorgamiento de la nacionalidad) o cuando son presupuestos de la punibilidad (la potestad en el derecho penal ambiental).

7. Validez internacional

(13) En principio, las sentencias de tribunales extranjeros no impiden una persecución penal en Alemania. Ellas no agotan la acción penal.[1173] Las excepciones, creadas mediante acuerdos entre Estados, son cada vez más numerosas e importantes. El Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (14 de junio de 1985) prevé en el art. 54 que un condenado firme no puede ser perseguido por otro Estado parte (cuando la pena esté ejecutada o se esté ejecutando; limitaciones en el art. 55).[1174] También una absolución firme extingue la acción penal,[1175] del mismo modo que una decisión definitiva de la Fiscalía que sea firme (según el derecho nacional).[1176] Tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el BGH tienden a hacer depender la existencia de un enjuiciamiento que sea conducente al agotamiento de la acusación, en el sentido del art. 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de modo que la resolución en cuestión se base en una decisión sobre el fondo.[1177] El art. 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no va a este respecto más allá del art. 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen,[1178] pues este último precepto se interpreta como una concretización o limitación del citado art. 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.[1179] El Estatuto de la CPI contiene una disposición (art. 20, inc. 2.º), según la cual nadie será procesado por un tribunal nacional si ya ha sido condenado o absuelto por la CPI por uno de los crímenes previstos en el art. 5 del mencionado Estatuto. [1180]

1173. BGH, *StV* (1986), 292; (1988), 18 (cuestión de la determinación de la pena). BVerfG, *NJW* (2012), 1202 (según la cual no solo el art. 103 inc. 3.º GG, sino que también el art. 4 del protocolo n.º 7 CEDH se opone a la realización de un nuevo procedimiento penal en el mismo Estado [1203]).

1174. El art. 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen: «Una persona que haya sido juzgada en un Estado Parte con calidad de cosa juzgada no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otro Estado Parte, siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación del Estado donde se haya dictado la condena».

1175. *BGHSt* 46, 307.

1176. TJEU, *NStZ* (2003), 333; Radtke/Busch, *NStZ* (2003), 281 ss; de otra opinión Ambos (2018), § 10 nm. 181 (centrándose en «si es posible una reapertura contra la decisión que pone fin al procedimiento solo en caso del surgimiento de algo nuevo»). Ambos (2018), 146 ss.

1177. Cf. TJUE, *NJW* (2016), 2939, 2941 («decisión tras una evaluación del asunto»); BGH, *NJW* (2016), 3044, 3045 («decisión [...] en virtud de una evaluación del hecho imputado en el asunto»); en detalle sobre el tema: Ambos, Int.StR (2018), § 10 nm. 174 ss.; Ambos (2018), 32 nm.57.

1178. El art. 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al contrario del art. 50 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, no contiene un «elemento de ejecución»: «Nadie podrá ser perseguido o sancionado nuevamente en un proceso penal por un delito respecto del cual ya haya sido legalmente absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme».

1179. Así TJUE, *NJW* (2014), 3007, 3010.

1180. Sobre ello y sobre otras regulaciones del derecho procesal penal internacional, cf. Ambos, (2016), 93-95.

III. COSA JUZGADA MATERIAL (AUTOS)

(14) Los autos formalmente firmes (cf. *supra* nm. 5) adquieren también la calidad de cosa juzgada material. Es dudosa la cuestión del alcance de la cosa juzgada en los autos que adoptan una decisión de fondo y ponen fin al proceso por un hecho. Algunos casos están regulados en la ley, según la cual se produce una cosa juzgada limitada. Si el tribunal ha rechazado el requerimiento en el procedimiento para compeler la promoción de la acción pública, el sobreseimiento del proceso resulta firme de forma limitada. La Fiscalía, luego, podría acusar en la misma causa solo en razón de hechos o medios de prueba nuevos (§ 174, inc. 2.°). Adquiere firmeza en la misma medida el auto por medio del cual se rechaza la apertura del procedimiento principal (§ 211). De estas disposiciones se deriva a menudo una idea fundamental, y se la aplica a los casos no regulados legalmente; sobre todo en relación con los §§ 153b, inc. 2.° y 154, inc. 2.°. Por otro lado, está establecido en el § 153a que puede renovarse la persecución penal por un delito grave (aun cuando no existan hechos o medios de prueba nuevos). En razón de la conexión objetiva con el § 153, no podía ser otra la solución, para esta forma de sobreseimiento (cf. *supra* § 12 nm. 21).

Casos y preguntas

216. ¿Qué se entiende por cosa juzgada formal y qué por cosa juzgada material?
217. ¿Qué se entiende por principio *ne bis in idem* y dónde está reglado?
218. ¿Qué queda comprendido por la cosa juzgada?
219. A es acusado y condenado con sentencia firme por hurto simple. Posteriormente se descubre que portaba un arma (§ 244, inc. 1.°, n.º 1 StGB). ¿Puede ejercerse nuevamente una acusación? Variante: ¿Cuál sería la solución si el proceso contra A hubiera sido sobreseído según el § 153, inc. 2.°?

Comentarios desde la perspectiva española

I. CONCEPTO

La cosa juzgada se configura como uno de los efectos del proceso; de hecho, podemos decir que es su efecto más importante, vinculado a la seguridad jurídica que todo sujeto que se ve involucrado requiere, en tanto que conlleva la irrevocabilidad de la resolución que ponga fin de forma definitiva al proceso, al tiempo que evita un proceso futuro sobre los mismos hechos. En este sentido, podemos hablar de la cosa juzgada forma (firmeza) y la cosa juzgada material.

La cosa juzgada formal o firmeza se predica de aquellas resoluciones que ya no son susceptibles de recurso alguno (art. 141, V Lecrim). La cosa juzgada material se refiere a la vinculación de la resolución de fondo firme a otro proceso penal, que impide a los jueces juzgar nuevamente lo que ya han decidido.

II. RESOLUCIONES SUSCEPTIBLES DE COSA JUZGADA

La cosa juzgada material, la verdadera cosa juzgada, es predicable de las sentencias de fondo, sean absolutorias o condenatorias, y de los autos de sobreseimiento libre dictados por los siguientes motivos: falta de indicios racionales de haberse perpetrado el hecho; que el hecho no sea constitutivo de delito; que los procesados por el hecho delictivo, sin perjuicio de la participación que se les hubiera atribuido, aparezcan exentos de responsabilidad criminal (causales todas recogidas en el art. 637); y por estimarse que se ha producido cosa juzgada, la prescripción del delito y la declaración de amnistía o indulto (artículos de previo pronunciamiento regulados en el art. 666).

III. LÍMITES DE LA COSA JUZGADA

Tradicionalmente a la cosa juzgada se le reconocen tanto límites temporales como objetivos y subjetivos. Desde la perspectiva subjetiva, la cosa juzgada afecta únicamente a la persona o personas del acusado; y es irrelevante que –conforme a lo permitido en el sistema español– tengamos una acusación pública, particular o popular, es decir, quien formule la acusación o si lo hacen varios legitimados. La consecuencia de este límite es sobradamente conocida, quien ha sido condenado o absuelto por sentencia firme, no puede ser juzgado nuevamente por los mismos hechos.

Desde un plano objetivo, la cosa juzgada material alcanza a los hechos delictivos tal y como se han considerado en la sentencia, los hechos que han sido objeto de acusación y juicio; no es, por tanto, trascendente a estos efectos la calificación jurídica de los mismo.

IV. LA IMPUGNACIÓN DE LA COSA JUZGADA

Al igual que en el derecho alemán, en España es posible, de forma extraordinaria, atacar o impugnar una resolución que ha adquirido firmeza. También en este caso, el fundamento de esta impugnación se encuentra en razones de justicia; es evidente, por ejemplo, que este efecto de invariabilidad de la sentencia y seguridad jurídica no puede justificar que un sujeto esté cumpliendo condena por asesinato si la persona supuestamente asesinada aparece viva.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

La Lecrim contempla dos vías o instrumentos para impugnar la cosa juzgada: el juicio de revisión y el juicio de anulación, a los que brevemente nos referimos.

1. El juicio de revisión

Remitimos para la comprensión de este juicio al capítulo 38.

2. El «recurso» de anulación

Esta posibilidad de impugnación de la cosa juzgada, prevista para el proceso abreviado, juicios rápidos y procesos por delitos leves, pretende la anulación de la sentencia dictada, en primera instancia o apelación, frente a un imputado ausente.

La posibilidad de interponer este recurso, además de lo que diremos seguidamente, está condicionada a que el sujeto condenado en ausencia comparezca o sea habido y se le notifique la sentencia (art. 793). En este caso nos encontramos con una impugnación basada en un motivo único, esto es, que una persona ha sido juzgada y condenada en ausencia a una pena privativa de libertad inferior a dos años (o seis si es de otra naturaleza) en los términos del art. 786. 1, II;[1181] se trata, por tanto, de restablecer –en su caso– el principio de contradicción y el derecho de defensa por entender que el sujeto ha sido condenado en ausencia sin concurrir los presupuestos para ello (art. 786. 1, II).

Lo importante en este recurso es que, si se considera que, efectivamente, el sujeto ha sido juzgado en ausencia cuando no debía haberlo sido, se anula la sentencia (por la Audiencia Provincial), para que sea el tribunal competente el que lleve a cabo un nuevo enjuiciamiento ahora oyendo al sujeto; se da cumplimiento de esta forma a su derecho a ser oído.

1181. La ausencia injustificada del acusado que hubiera sido citado personalmente, o en el domicilio o en la persona a que se refiere el artículo 775, no será causa de suspensión del juicio oral si el juez o tribunal, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora, y oída la defensa, estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento, cuando la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Capítulo 33. Clases especiales de procedimiento

I. PROCEDIMIENTO POR MANDATO PENAL, §§ 407 SS.

1. Significado

(1) La mayoría de todos los procesos culmina con un mandato penal. En este proceso sumario se decide con base en el estado de las actas de un expediente, sin juicio oral, de forma escrita, no pública, sin la participación de jueces legos, y sin que la intervención de un defensor sea indispensable en todos los casos. El juez no está obligado a acceder al requerimiento de mandato penal de la Fiscalía, pero no puede modificarlo (cf. *infra* nm. 4 y 5). El imputado que no lo acepta, e insiste con un juicio oral, se arriesga a que la pena resulte más elevada.

2. Ámbito de aplicación

(2) En este proceso pueden castigarse delitos leves solo si entran en consideración las consecuencias jurídicas mencionadas en el § 407, inc. 2.° (que, por lo demás, alcanzan hasta un año de prisión suspendida). La competencia para ello corresponde al Tribunal Municipal y, dentro de él, siempre al juez penal. Según la modificación del § 25 GVG, el juez penal es competente ante una probable pena privativa de libertad de hasta dos años, de modo que está superada y carece de ámbito de aplicación la regulación anterior del § 407, inc. 1.°, 1.ª oración, 2.ª alternativa (competencia del Tribunal de Escabinos).

3. El procedimiento

a) Requerimiento

(3) La Fiscalía presenta un requerimiento de mandato penal (§ 407, inc. 1.°). Dado que el juez solo puede suscribirlo, denegar la orden o convocar a un juicio

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

oral (§ 408, inc. 2.° y 3.°), es aplicable al requerimiento el catálogo que el § 409, inc. 1.° prevé para el contenido del mandato penal (excepto la instrucción del núm. 7). El requerimiento de mandato penal es una forma particular de acusación (§ 407, inc. 1.°, 4.ª oración). El mandato penal, por su naturaleza de decisión judicial sobre el fondo del asunto, tampoco puede dictarse sin acusación (principio acusatorio), y si el procedimiento, por la objeción del imputado, deriva en un proceso ordinario, debe haber un documento que cumpla la función de acusación y ser objeto de lectura (§§ 411, inc. 1.°, 2.ª oración; 212 ss.; 243, inc. 3.°, 1.ª oración).

b) La decisión judicial

(3a) El requerimiento puede formularse ante el Tribunal Municipal, incluso después de la apertura del procedimiento principal, cuando el acusado no comparece o se encuentra ausente (cf. *supra* § 20 nm. 3). El proceso no debe estancarse, sino que debe reconducirse a un procedimiento por mandato penal y resolverse sin mayor esfuerzo (§ 408a). A este interés responde que el requerimiento pueda también formularse oralmente (inc. 1.°, 2.ª oración).

(4) El juez desestimará el requerimiento si considera al inculpado como no suficientemente sospechoso (§ 408, inc. 2.°, 1.ª oración). De allí, algunos extraen la conclusión inversa de que el juez no precisa estar convencido de la culpabilidad del afectado, sino solo tenerlo por suficientemente sospechoso.[1182] Pero, habida cuenta de que un mandato penal se equipara a una sentencia (§ 410, inc. 3.°), tendríamos que lidiar, según esta opinión, con una «pena por sospecha», es decir, con una sentencia basada en la sospecha. En contra de esto cabe atenerse a que, también para el dictado del mandato penal, es necesario el convencimiento judicial,[1183] aunque el juez dispone para ello solamente del contenido de las actas del expediente como base acotada de conocimiento. De esta manera, la controversia está prácticamente superada y la diferencia entre las posiciones ya no es considerable.

(5) Si el juez está convencido de la culpabilidad del acusado, puede, aun así, tener reservas para decidir en un proceso sumario.

> **Ejemplo**: El juez considera el caso demasiado relevante como para resolverlo por escrito; por lo que desea formarse una impresión personal del imputado.

En el caso del ejemplo, el juez debe convocar un juicio oral (§ 408, inc. 3.°, 2.ª oración). Puede ocurrir también que el juez considere adecuado el procedimiento por mandato penal, pero que no esté de acuerdo con la calificación jurídica del hecho o con la consecuencia jurídica solicitada por la Fiscalía. Debe, pues, procurar llegar a un acuerdo con la Fiscalía. Si esta no modifica su requerimiento, el

1182. Meyer-Goßner/Schmitt (2021), comentarios previos al § 408 nm. 7.-
1183. KK-StPO/Maur, § 408 nm. 15 (con referencias adicionales).

juez debe convocar un juicio oral. El mandato penal se dicta solo ante una total consonancia entre la Fiscalía y el juez.[1184]

4. La objeción contra el mandato penal

(6) Esta alternativa (no es un recurso porque no conduce el asunto a una instancia superior; cf. *infra* § 34 nm. 1) puede interponerse dentro de las dos semanas posteriores a la notificación; § 410, inc. 1°. Es admisible circunscribirla a un punto determinado (p. ej., al pronunciamiento sobre la pena; en detalle, *infra* § 34 nm. 16 ss.). Si resultó tardía o inadmisible, se la rechaza por medio de un auto (§ 411, inc. 1.°, 1.ª oración). En caso contrario, el mandato penal asume la función de un auto de apertura. La objeción puede ser retirada hasta antes del dictado de la sentencia.[1185]

5. El juicio oral luego de la objeción

(7) La remisión a las normas generales (§ 411, inc. 1.°, 2.ª oración) permite presumir que el juicio oral transita por los carriles habituales. La apariencia engaña. El acusado no necesita estar presente, sino que puede hacerse representar por un defensor (§ 411, inc. 2.°, 1.ª oración). El principio de la inmediación puede ser inaplicado a través del consentimiento del acusado, del defensor y de la Fiscalía (§§ 411, inc. 2.°, 2.ª oración; 420, inc. 1.° y 2.°). El derecho de solicitar pruebas está prácticamente suprimido. Naturalmente, pueden formularse requerimientos de prueba, pero, en el momento de su desestimación, el juez no está sujeto al catálogo del § 244, inc. 3.°-5.° (§§ 411, inc. 2.°, 2.ª oración; 420, inc. 4.°). No rige la prohibición de anticipar pruebas.[1186] Dentro de los límites del deber de esclarecimiento, el juez es libre. Un defensor es necesario solamente cuando pueda imponerse una pena privativa de libertad (§ 408b).

(8) La sentencia de fondo decide sobre el hecho y no, por ejemplo, sobre el mandato penal. Consiste por tanto en una decisión de condena o de absolución (y el mandato penal no se «revoca» ni se «mantiene»). A diferencia del procedimiento de los recursos (cf. *infra* § 34 nm. 24 ss.), aquí no rige la prohibición de la *reformatio in peius*.[1187] Con el mandato penal solo tiene lugar un examen sumario del caso. Si el acusado teme una decisión más desfavorable, puede revocar su objeción hasta el pronunciamiento de la sentencia (§ 411, inc. 3.°, 1.ª oración), aunque precisa para ello, después del inicio del juicio oral, el consentimiento de la Fiscalía (§ 411, inc. 3.°, 2.ª oración; y a la inversa).[1188]

1184. Cf. LR/Gössel, § 408 nm. 38.
1185. Cf. OLG Karlsruhe, *StV* (2021), 24 (en caso de una objeción, la Fiscalía también puede retirar su «demanda», § 411 inc. 3.°, 1.ª oración).
1186. Dahs, *NJW* (1995), 556.
1187. Cf. LR/Gössel, § 410 nm. 4, quien desea exceptuar los casos de objeciones a través de un representante legal.
1188. Cf. Fahl, *JuS* (1997), 261.

Si el imputado había circunscrito la objeción al monto diario de la multa, el tribunal, con consentimiento del acusado, del defensor y de la Fiscalía, puede resolver dicha objeción a través de un auto, y por ende, sin un juicio oral. El legislador, exclusivamente para este supuesto, hace aplicable la prohibición de la *reformatio in peius* (§ 411, inc. 1.°, 3.ª oración) –esto tiene poco sentido, toda vez que el acusado de todas maneras debe prestar su consentimiento, algo que únicamente hará si sabe qué es lo que le espera–.

6. La cosa juzgada del mandato penal

(9) No está limitada, como sostenía antiguamente la opinión mayoritaria,[1189] sino que opera en toda su extensión (§ 410 inc. 3.°); no obstante, es más fácil quebrantarla. En razón del trabajo sumario de investigación en el marco de este procedimiento, el § 373a, a diferencia del § 362, permite una revisión en perjuicio del condenado o del absuelto cuando se aporten nuevos hechos o pruebas de los que resulte que se trataba de un delito grave (cf. también la regulación en el § 153a, inc. 1.°, 5.ª oración).

II. EL PROCEDIMIENTO ACELERADO, §§ 417-420

(10) Por medio de la «Ley para el combate contra el crimen» (28 de octubre de 1994), el legislador reformó el procedimiento acelerado, de tal forma que pudiera realizarse un proceso más breve.[1190] La justicia penal debía descongestionarse, y la pena debía imponerse inmediatamente después del hecho.

1. Presupuestos y desarrollo del procedimiento

(11) El procedimiento entra en consideración para hechos cuya competencia corresponde al Tribunal Municipal. Las circunstancias del caso deben ser sencillas o la situación probatoria tiene que ser diáfana (§ 417). En ese caso, la Fiscalía presenta el requerimiento de decisión del asunto a través de un procedimiento acelerado, por escrito u oralmente al inicio del juicio oral (§ 418, inc. 3.°, 2.ª oración). No hay escrito de acusación, así como tampoco procedimiento intermedio, y el imputado solo debe ser convocado excepcionalmente (§ 418, inc. 2.°). También es posible que el asunto se tramite según las reglas del procedimiento por mandato penal (§ 418, inc. 3.°, 3.ª oración; introducido por la primera JuMoG). Puede procederse así de rápido: se detiene al imputado (§ 127b) y se lo conduce ante el juez; el fiscal presenta el requerimiento y con ello

1189. *BGHSt* 18, 141, 143.
1190. Cf. Loos/Radtke, *NStZ* (1995), 569; 1996, 7; Scheffler, *NJW* (1994), 2191; sobre los problemas en la instancia recursiva, Ranft, *NStZ* (2004), 424.

comienza el juicio oral. Es necesario un defensor solamente cuando sea esperable una pena de al menos seis meses de privación de libertad (§ 418, inc. 4.°). El principio de inmediación, mediando consentimiento, puede dejarse sin efecto (§ 420, inc. 1.°-3.°). En el rechazo de los requerimientos de prueba, el juez no está sujeto al § 244, inc. 3.°-5.°, y está liberado de la prohibición de anticipación de la prueba.[1191] Los límites de su dominio exclusivo sobre la producción de la prueba los traza el deber de esclarecimiento (§ 420, inc. 4.°).

(12) Aún relativamente nuevo es el mecanismo dudoso y sin sentido de la detención para el juicio oral (al respecto, *supra* § 10 nm. 69), la cual se funda entre otras cosas en el fin inconstitucional de intimidar a los presuntos autores y de influir educativamente sobre ellos.[1192]

2. Crítica

(13) La criminalidad pequeña y mediana puede combatirse de forma no menos efectiva en un procedimiento normal, impulsado velozmente. Igualmente, rápido y menos oneroso es el procedimiento por mandato penal en el que, asimismo, puede imponerse un año de pena privativa de libertad. Frente a una situación de-hecho sencilla o una situación probatoria clara, en un procedimiento normal ante el Tribunal Municipal no se necesita convocar un defensor (sobre el límite de un año de pena esperable, cf. *supra* § 11 nm. 29). En el procedimiento acelerado, esto debe tener lugar cuando se desea imponer una pena de seis meses o más. El juez municipal reflexionará acerca de si no se avanzaría más rápidamente sin un defensor en un procedimiento normal.[1193] En el ámbito de los delitos de bagatela, que son los que interesan aquí en primera línea, el imputado no tiene chance de imponer alguna vez un requerimiento de prueba, incluso en la próxima instancia, toda vez que su apelación no debe ser aceptada (§ 313). Probablemente él apenas alcanza a divisar las consecuencias de su consentimiento conforme al § 420, inc. 3.°.

Conclusión: el procedimiento oficial normal no ha sido reformado con miras a un tipo de procedimiento especial, sino deformado de tal manera, que las pérdidas seguras en formalidad, justicia del caso individual y lealtad no se compensan con una ganancia incierta en el aspecto temporal.

III. PROCEDIMIENTO DE SEGURIDAD, §§ 413-416

(14) El derecho penal material es de doble vía: penas-medidas de seguridad. La «segunda vía» del derecho procesal es el procedimiento de seguridad. En él pueden ordenarse de forma independiente todas (pero también solo) las medidas de seguridad y corrección (§ 71 StGB; no así la custodia de seguridad). Las

---

1191. König/Seitz, *NStZ* (1995), 5.
1192. *BT-Drs.* 13/2576, 3.
1193. Cf. Meyer-Goßner/Schmitt (2021), comentarios previos al § 417 nm. 5.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

normas sobre el proceso penal general rigen *mutatis mutandis* (§ 414; así, por ejemplo, el procedimiento de seguridad es realizado como consecuencia de la incapacidad procesal permanente, y no sobreseído conforme a los §§ 206a, 260, inc. 3.°). El procedimiento de seguridad puede ser reconducido al proceso penal normal (§ 416).

(14a) La orden de la custodia de seguridad puede reservarse para la sentencia (§ 66a StGB; §§ 260, inc. 4.°, 4.ª oración; 267, inc. 6.°, 1.ª oración), o dado el caso, puede ser dictada posteriormente[1194] (§ 66b StGB). El procedimiento se rige según el § 275a. Frente a una injerencia de semejante gravedad, no puede renunciarse a la forma del juicio oral.

IV. PROCEDIMIENTO CONTRA AUSENTES, §§ 276-295

(15) El juicio oral, en principio, no debe tener lugar cuando el acusado *no comparece* (§ 230; sobre las excepciones, cf. *supra* § 20 nm. 4). Un caso diferente, sin embargo, es aquel en que el acusado se encuentra *ausente* (definición legal o ficción en el § 276). En ese supuesto, únicamente puede promoverse contra él un procedimiento de aseguramiento de la prueba (§§ 285 ss.). Si la acusación ya se ha formulado, y podría disponerse contra él una orden de detención, puede incautarse la totalidad de su patrimonio dentro del país (§ 290). Esto se da a conocer por medio de anuncios (§ 291). La consecuencia es una prohibición absoluta de la disposición patrimonial (§ 292). Con estas medidas se procura forzarlo a que se entregue. Para eso puede concedérsele un salvoconducto (§ 295), que lo libera de la prisión preventiva (inc. 2.°), pero que se extingue con la condena a pena privativa de libertad (inc. 3.°). Esta norma no rige para los testigos. A los testigos en el extranjero se les garantiza un salvoconducto a través del art. 12 EuRHÜbK.

Casos y preguntas

220. Existe una sospecha en contra de A, de haber cometido un robo (§ 249). ¿Puede iniciarse contra él un procedimiento por mandato penal? ¿Qué sucedería si él fuera sospechoso únicamente de un delito de daños (§§ 303, 303c StGB)?
221. ¿Qué puede hacer el juez cuando tiene reservas respecto del dictado de un mandato penal, o cuando, por ejemplo, considera incorrecta la consecuencia jurídica requerida?
222. A está acusado por un delito de daños (§ 303 StGB) y no compareció al juicio oral. ¿Qué puede hacer el juez?

1194. Para el marco constitucional, véase BVerfGE, *StV* (2013); cf. además Fischer, § 66 nm. 4 ss. y § 66 nm. 1 ss.

ISBN: 978-84-18432-78-1

DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

223. A ha recibido la notificación de un mandato penal de quince días de multa por un valor de € 20 diarios. ¿Qué puede promover en contra de esto?
224. ¿Rige la prohibición de la *reformatio in peius* también en el marco de una objeción en contra de un mandato penal?
225. ¿Debe comparecer el acusado en la fecha convocada para el juicio oral que tiene lugar como consecuencia de su objeción?
226. ¿Bajo qué presupuestos puede tener lugar un procedimiento acelerado y dónde se encuentra regulado?

Comentarios desde la perspectiva española

I. CLASES DE PROCESOS

Desde una perspectiva procedimental, el ordenamiento jurídico procesal español contempla tres tipos de procedimiento:[1195]

- *Ordinarios*, previstos para todo tipo de hechos criminales; son de aplicación salvo que se prevea lo contrario. Los procesos ordinarios son el proceso ordinario por delitos más graves, mediante el que se conocen los delitos graves castigados con una pena privativa de libertad superior a nueve años; el proceso abreviado, para el enjuiciamiento de los delitos castigados con penas privativas de libertad inferior a nueve años o cualesquiera otras penas de distinta naturaleza; el proceso para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, para delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a cinco años u otras penas, cualquiera que sea su naturaleza, que no exceda de diez años, cuando concurran los requisitos del art. 795 Lecrim, que atienden a la flagrancia del delito y a la facilidad investigativa del mismo. Por último, desde el año 2015, con la supresión de las faltas, el juicio de faltas ha sido sustituido por el procedimiento por delitos leves, es decir, para penas no privativas de libertad entre un día y un año y la pena de multa hasta tres meses.
- *Especialidades procesales*, previstas en los casos en que deben enjuiciarse a determinados sujetos o hechos delictivos; supone el reconocimiento de ciertos privilegios en su enjuiciamiento. Así, junto con el proceso por aceptación de decreto, al que obligatoriamente haremos referencia por su similitud con el procedimiento por mandato, estas especialidades las encontramos para el enjuiciamiento de los delitos contra la seguridad vial, para enjuiciar delitos por violencia de género, en procesos contra senadores y diputados, para el delito de injurias o calumnias, para delitos cometidos

1195. Gómez Colomer y Barona Vilar (2021b, 610 y ss.).

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

por cualquier medio o soporte de publicación o difusión y para la solicitud o ejecución de la orden europea de detención y entrega
- *Procesos especiales*, previstos –también– para determinados delitos concretos o en que concurren determinadas circunstancias personales u objetivas. Este tipo de procesos «privilegiados» los encontramos tanto en la Lec como fuera de ella, en normas propias de carácter especial. Estos procesos especiales son el proceso ante el Tribunal del Jurado (regulado en su propia Ley Orgánica, Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo); el proceso para la exigencia de responsabilidad penal a los menores (regulado en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero); el proceso penal militar (Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar) y los procesos civiles derivados del hecho punible (proceso civil acumulado al penal y proceso autónomo de decomiso, ambos regulados en la Lecrim).

Sin perjuicio de esta clasificación, y por mantener la coherencia con el trabajo de referencia, vamos a explicar brevemente los procesos que guardan paralelismo con los analizados en el § 33 del *Curso fundamental de Derecho Procesal Penal* del Prof. Volk. Así, nos centraremos en el proceso por aceptación de decreto y los procesos para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (juicio rápido) y para enjuiciamiento de delitos leves, como procesos que conllevan una intención de acelerar la resolución de los asuntos. Finalmente, pese a que en la Lecrim responde a otra naturaleza, haremos referencia a la posibilidad de juzgar en ausencia.

II. EL PROCESO ESPECIAL ANTE EL TRIBUNAL DEL JURADO

1. El modelo de jurado de España

España, al contrario que Alemania o Italia, países de tradición jurídica más cercana a la española, introduce, a través de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo del Tribunal del Jurado,[1196] un jurado puro anglosajón, en el que los jueces legos declaran, atendiendo a los hechos considerados probados, la culpabilidad o no culpabilidad del sujeto acusado en un proceso especial;[1197] establecida dicha culpabilidad, es el magistrado-presidente quien determina la pena concreta a imponer al sujeto en función de lo considerado por el jurado.[1198]

1196. Ley que sufre una importante reforma en el año 2015, que limita los delitos que se atribuyen a su conocimiento.
1197. El jurado ya era conocido históricamente en España, pues se introdujo por la Constitución de 1812
1198. En la página web del Consejo General del Poder Judicial y atendiendo a las estadísticas que en ella se presenta, se observa una tendencia decreciente en los casos juzgados por este Tribunal. V. https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Delitos-y-condenas/Tribunal-del-Jurado/. Así se confirma por Esparza Leibar, en Gómez Colomer y Barona Vilar (2021b, 673), quien indica que menos del 0,5 % de asuntos penales en España

Como es sobradamente conocido, el jurado es la institución que permite la participación directa de los ciudadanos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los casos previstos por la ley, prevista en el art. 125 CE.

El Tribunal del Jurado, como se ha indicado en el §5. 3. 3, es un tribunal especial reconocido en la propia Constitución, compuesto por nueve jueces legos (con dos suplentes) y un magistrado-presidente. La LOTJ regula de forma detallada todo lo referido a la selección y constitución del Tribunal, así como del estatuto jurídico de los jurados.

2. Competencia del Tribunal del Jurado

La competencia del Tribunal del Jurado viene determinada por la presunta comisión de un listado de delitos, establecidos en el art. 1:

– Delitos contra las personas.
– Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.
– Delitos contra el honor.
– Delitos contra la libertad y la seguridad.

Dentro del ámbito de enjuiciamiento indicado, el Tribunal del Jurado será competente para el conocimiento y fallo de las causas por los delitos tipificados en los siguientes preceptos del Código Penal:

– Del homicidio.
– De las amenazas.
– De la omisión del deber de socorro.
– Del allanamiento de morada.
– De la infidelidad en la custodia de documentos.
– Del cohecho.
– Del tráfico de influencias.
– De la malversación de caudales públicos.
– De los fraudes y exacciones ilegales.
– De las negociaciones prohibidas a funcionarios.
– De la infidelidad en la custodia de presos.

En todo caso quedan excluidos de la competencia del jurado los delitos cuyo enjuiciamiento venga atribuido a la Audiencia Nacional y aquellos cuya competencia haya sido asumida por la Fiscalía Europea.

La competencia se asume por el jurado cualquiera que sea la participación o el grado de ejecución atribuido al acusado. No obstante, en el supuesto del artículo homicidio solo será competente si el delito fuese consumado.

---

se tramitan por esta vía, en parte debido a la desconfianza hacia esta institución por los operadores jurídicos.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

La competencia del Tribunal del Jurado se extenderá al enjuiciamiento de los delitos conexos, siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los siguientes supuestos: *a*) Que dos o más personas reunidas cometan simultáneamente los distintos delitos; *b*) que dos o más personas cometan más de un delito en distintos lugares o tiempos, si hubiere precedido concierto para ello; *c*) que alguno de los delitos se haya cometido para perpetrar otros, facilitar su ejecución o procurar su impunidad. No obstante lo anterior, y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 1 de la presente Ley, en ningún caso podrá enjuiciarse por conexión el delito de prevaricación, así como aquellos delitos conexos cuyo enjuiciamiento pueda efectuarse por separado sin que se rompa la continencia de la causa.

Este Tribunal se ubica en el ámbito de las audiencias provinciales y, en su caso, de los tribunales que correspondan por razón del aforamiento del acusado.

3. Tramitación procedimental

a) Fase de instrucción

Regulada en los arts. 24 a 29 LOTJ, sigue una estructura similar a la del proceso abreviado, si bien en ella destaca la comparecencia para formalizar la imputación judicial, que obliga a analizar los primeros indicios que se tienen contra el sujeto, de modo que evita la continuación del proceso si no concurren, y determina el objeto de la imputación si lo hacen.

La apertura del procedimiento ante el Tribunal del Jurado corresponde al juez de instrucción, tras evaluar la verosimilitud de la denuncia, querella o atestado policial, a través de un auto. Igualmente, esta apertura puede ser consecuencia de la transformación de un procedimiento ordinario o abreviado al constatar que los delitos presuntamente cometidos corresponden a la competencia del jurado.

La LOTJ es especialmente cuidadosa con la instrucción e información al investigado, posteriormente imputado, tanto en lo que concierne a los hechos por los que se le está investigando como a los derechos que le asisten.

El auto de incoación se notifica a las partes personadas, convocándolas a la comparecencia para analizar la imputación provisional y, en su caso, proceder a la formalización judicial de la imputación (art. 25 LOTJ), siempre que el imputado esté identificado y a disposición judicial. Junto a las partes, se convocará también a los ofendidos y perjudicados, aunque no estuvieren personados, instruyéndoles de sus derechos. En la comparecencia la defensa podrá solicitar el sobreseimiento, provisional o libre, y todas las partes puede pedir las diligencias que consideren oportunas para esclarecer los hechos.

Celebrada la comparecencia, el juez, en su caso, debe tomar la decisión de continuar con el procedimiento por los trámites del juicio por jurado, que incluye la imputación, y resuelve sobre las medidas cautelares y las medidas de investigación solicitadas. Practicadas las diligencias de investigación, se trasladan las actuaciones a las partes para que puedan instar la apertura del juicio oral o el sobreseimiento.

b) Fase intermedia

El juez de instrucción declara concluida la investigación con la remisión a las partes a que acabamos de hacer referencia, pero no hay una resolución formal de fin de la investigación. La fase intermedia comprende la decisión sobre si procede abrir el juicio oral o el sobreseimiento, libre o provisional, de la causa. En el caso de solicitar la apertura del juicio oral, en el mismo escrito se formulará calificación provisional conforme a los previsto en el art. 650 Lecrim. En el mismo escrito podrán solicitar la transformación del procedimiento por entender que no es el proceso especial ante el jurado el adecuado.

Particularidad de este proceso especial es la llamada audiencia preliminar, que tiene como finalidad debatir los fundamentos de la acusación y la decisión de apertura del juicio oral (art. 30 LOTJ); audiencia a la que puede renunciar el acusado. La audiencia comienza con la práctica de las diligencias que se hubieran propuesto para cumplir con la finalidad de la audiencia, informando las partes oralmente sobre sus pretensiones respecto a la apertura del juicio o la competencia del tribunal.

El juez de instrucción decidirá, mediante auto:

- La apertura del juicio oral (art. 33 LOTJ).
- El sobreseimiento.
- La transformación del procedimiento, por no ser los hechos competencia del jurado.

Para tomar esta decisión, el juez puede acordar la práctica de diligencias complementarias.

c) El juicio oral (ante el Tribunal del Jurado)

Tras la designación del magistrado-presidente y la resolución de las cuestiones previas que se hubieren planteado, este dictará el auto de hechos justiciables, cuyo contenido determina el art. 37, especialmente la designación de los hechos enjuiciables, las pruebas admitidas y el día y hora de inicio del juicio oral.

Las especialidades más importantes se refieren a la constitución del Tribunal del Jurado, en la forma legalmente regulada (arts. 38 a 41 LOTJ). El desarrollo del juicio oral tiene las particularidades derivadas del hecho de que no está juzgando un juez profesional o un tribunal integrado por jueces profesionales y legos (escabinado), sino jueces legos. Por ello, tras la lectura de las calificaciones profesionales, las partes expondrán al jurado las alegaciones que consideren pertinentes para explicar al jurado sus calificaciones y las pruebas que van a utilizar.

Los jurados pueden dirigir preguntas al acusado, testigos, peritos a través del magistrado-presidente. El art. 46.5 prohíbe leer las declaraciones testificales prestadas en fase de investigación, pudiendo únicamente utilizarse la prueba anticipada.

4. El veredicto del jurado

Una vez finalizado el juicio oral, el jurado debe retirarse a deliberar para emitir su veredicto sobre la culpabilidad o inocencia del acusado; convirtiendo al veredicto en una pieza clave de este proceso especial, que determinará el contenido de la sentencia. En la formación del veredicto debe distinguirse entre el objeto del veredicto y la deliberación y votación propiamente dicha.

a) El objeto del veredicto

El objeto del veredicto es aquello sobre lo que debe pronunciarse el jurado, de ahí la importancia de que se fije de forma clara, pero también comprensible. Corresponde al magistrado-presidente su formación, mediante un escrito cuyo contenido se determina por el art. 52 LOTJ:

– Narrará en párrafos separados y numerados los hechos alegados por las partes y que el jurado deberá declarar probados o no, diferenciando entre los que fueren contrarios al acusado y los que resultaren favorables. No podrá incluir en un mismo párrafo hechos favorables y desfavorables o hechos de los que unos sean susceptibles de tenerse por probados y otros no.
– Comenzará por exponer los que constituyen el hecho principal de la acusación y después narrará los alegados por las defensas. Pero si la consideración simultánea de aquellos y estos como probados no es posible sin contradicción, solo incluirá una proposición.
– Cuando la declaración de probado de un hecho se infiera de igual declaración de otro, este habrá de ser propuesto con la debida prioridad y separación.
– Expondrá después, siguiendo igual criterio de separación y numeración de párrafos, los hechos alegados que puedan determinar la estimación de una causa de exención de responsabilidad.
– A continuación incluirá, en párrafos sucesivos, numerados y separados, la narración del hecho que determine el grado de ejecución, participación y modificación de la responsabilidad.
– Finalmente precisará el hecho delictivo por el cual el acusado habrá de ser declarado culpable o no culpable.
– Si fueren enjuiciados diversos delitos, efectuará la redacción anterior separada y sucesivamente por cada delito.
– Igual hará si fueren varios los acusados.
– El magistrado-presidente, a la vista del resultado de la prueba, podrá añadir hechos o calificaciones jurídicas favorables al acusado siempre que no impliquen una variación sustancial del hecho justiciable, ni ocasionen indefensión.
– Si el magistrado-presidente entendiese que de la prueba deriva un hecho que implique tal variación sustancial, ordenará deducir el correspondiente tanto de culpa.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

– Asimismo, el magistrado-presidente recabará, en su caso, el criterio del jurado sobre la aplicación de los beneficios de remisión condicional de la pena y la petición o no de indulto en la propia sentencia.

Para configurar este escrito, el magistrado-presidente escuchará a las partes respecto a aspectos por incluir o excluir del objeto del veredicto.

b) Las instrucciones al jurado

Por la condición de legos del jurado, adquieren especial importancia las instrucciones que les imparte el magistrado-presidente y que se regulan en el art. 54. Estas instrucciones, que se realizan en el momento de entregarles el objeto del veredicto, se centran en el contenido de la función que tienen conferida, las reglas que rigen su deliberación y votación y la forma en que deben reflejar su veredicto.

También les expondrá detenidamente, en forma que puedan entender, la naturaleza de los hechos sobre los que haya versado la discusión, determinando las circunstancias constitutivas del delito imputado a los acusados y las que se refieran a supuestos de exención o modificación de la responsabilidad. Todo ello con referencia a los hechos recogidos en el escrito que se les entrega.

Al impartir estas instrucciones, el magistrado-presidente será especialmente cuidadoso de no hacer alusión alguna a su opinión sobre el resultado probatorio, pero sí sobre la necesidad de que no atiendan a aquellos medios probatorios cuya ilicitud o nulidad hubiese sido declarada por él. Asimismo, informará que, si tras la deliberación no les hubiese sido posible resolver las dudas que tuvieran sobre la prueba, deberán decidir en el sentido más favorable al acusado.

c) Deliberación y votación

La deliberación es secreta, celebrándose a puerta cerrada, debiendo permanecer los jurados incomunicados mientras dure la misma. Si bien la ley no prevé una duración máxima, el art. 57. 2 LOPJ prevé que, si transcurridos dos días desde el inicio de la deliberación, los jurados no alcanzan un veredicto, el magistrado-presidente podrá convocarles a la comparecencia prevista para la ampliación de instrucciones y regulada en el numeral 1 del mismo artículo.

La votación sobre los hechos se realizará siguiendo el orden indicado por el magistrado-presidente; así, el art. 59 LOPJ establece que para declarar probado un hecho favorable al acusado se requieren cinco votos y para declarar probado un hecho desfavorable al acusado se exigen siete. El resultado de las votaciones se recoge en un acta, que supone la motivación del veredicto, cuyo contenido se regula en el art. 61 LOTJ, de forma que en función de la votación obtenida se declarará si se considera al sujeto culpable o inocente, para ello se requieren siete votos para manifestar su culpabilidad y cinco su inocencia. Una característica

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

propia del modelo español, frente al anglosajón, es esa obligación del jurado de motivar su veredicto.

Del acta se entrega copia al magistrado-presidente quien, salvo que proceda su devolución (art. 63 LOTJ), convocará a las partes a una comparecencia para su lectura pública por el portavoz del jurado. Tras esta lectura, se disuelve el jurado, que habrá cesado ya en sus funciones.

d) La disolución anticipada del jurado

El art. 49 LOTJU permite que, una vez concluidos los informes de la acusación, la defensa puede solicitar del magistrado-presidente, o este decidir de oficio, la disolución del Jurado si considera que del juicio no resulta la existencia de prueba de cargo que pueda fundar una condena del acusado. Si la inexistencia de prueba de cargo solo afecta a algunos hechos o acusados, el magistrado-presidente podrá decidir que no ha lugar a emitir veredicto en relación con los mismos. En tales supuestos se dictará, dentro de tercero día, sentencia absolutoria motivada.

También se procederá a la disolución del jurado si las partes alcanzan una conformidad (art. 50 LOTJ); cuando el fiscal y las demás partes acusadoras desistan, en sus escritos finales, de la petición de condena (art. 51 LOTJ) y cuando se devuelva el veredicto tres veces sin subsanar los defectos denunciados o no se hubiesen obtenido las necesarias mayorías, se convocará en este caso un nuevo juicio y se constituirá un nuevo jurado (art. 65 LOTJ)

5. La sentencia

La sentencia se dicta por el magistrado-presidente partiendo de las declaraciones realizadas por el jurado y plasmadas en el acta del veredicto. Si el jurado ha considerado no culpable al acusado, procederá a emitir sentencia absolutoria y ordenará su inmediata puesta en libertad. Si, por el contrario, se le consideró culpable, se abre un incidente para determinar la pena o medida a imponer.

El magistrado-presidente, sin perjuicio de la motivación del jurado, debe también motivar la sentencia emitida (art. 70 LOPJ), particularmente la existencia de prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

La sentencia dictada por el Tribunal del Jurado es recurrible en apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de la correspondiente comunidad autónoma; la sentencia de apelación es, a su vez, recurrible en casación ante el Tribunal Supremo. Para las decisiones adoptadas por el LAJ y el órgano jurisdiccional (juez de instrucción y magistrado-presidente) se aplica lo previsto en la Lecrim.

III. EL PROCESO POR ACEPTACIÓN DE DECRETO

1. Naturaleza

Este proceso se introduce por la Ley 41/2015, de modificación de la Lecrim para la agilización de la Justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, que se regula en los arts. 803 bis letras a) a j); procedimiento del que se prescinde en la planeada reforma de la norma procesal, por su escasa utilización.

Estamos ante una manifestación de la tendencia europea de aceleración de la justicia para los delitos de escasa gravedad, cuya finalidad es la pronta y sencilla obtención del título ejecutivo, que es la sentencia (de ahí su denominación también de monitorio penal). En él, el protagonismo recae en el Ministerio Fiscal, quien propone el decreto al juez instructor.

2. Ámbito de aplicación

El art. 803 bis, a) fija los requisitos que debe concurrir para que pueda acudirse al proceso por aceptación de decreto, concretamente se refiere a los siguientes, que debe concurrir conjuntamente:

1.º) Debe tratarse de delitos castigados con pena de multa, trabajos en beneficios de la comunidad o pena de prisión que no exceda de un año y pueda ser suspendida conforme a lo previsto en el art. 80 CP; y ello acompañada o no de la privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores.

2.º) Que, en el caso concreto, el Ministerio Fiscal considere que la pena aplicable a los hechos imputados es la pena de multa o trabajo en beneficio de la comunidad y, de ser el caso, la privación del derecho a conducir vehículos de motor o ciclomotores.

3.º) Que no esté personada acusación popular o particular en la causa, es decir, que la única parte personada como acusador sea el Ministerio Fiscal. La intervención de «cualquier ciudadano» que cumpla los requisitos de los art. 102, 103 y 270 Lecrim y de la víctima del delito (acusación particular) se considera que puede suponer un obstáculo para cumplir con el objetivo de esta modalidad procesal. Lo que no se limita es la posibilidad de ejercicio de la acción civil acumulada a la penal.

4.º) Procedimentalmente, el decreto se puede plantear desde el momento en que se inicien las diligencias de investigación por la Fiscalía o incoación del procedimiento judicial y hasta la finalización de la instrucción, aún en el caso de no haber tomado aún declaración al investigado, siempre que se cumplan los restantes requisitos.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

3. La propuesta de decreto como elemento fundamental

Como el propio nombre del procedimiento pone de manifiesto, el decreto del fiscal se convierte en el elemento clave de este proceso. El decreto, en definitiva, supone una propuesta de imposición de pena concreta, dentro de los parámetros legales, por los hechos imputados, con o sin privación del derecho a conducir vehículos de motor. Formalmente, el art. 803 bis, c) establece el siguiente contenido concreto para el decreto:

- La identificación del investigado.
- Una descripción de los hechos punibles que se le imputan.
- Indicación concreta del delito cometido y una mención sucinta de la prueba existente, no solo respecto a la existencia de los hechos, sino también de la presunta responsabilidad del sujeto.
- Breve exposición de los motivos por lo que se entiende que la pena de prisión, en su caso, debe ser sustituida.
- La pena concreta propuesta.
- Delimitación de la pretensión civil acumulada (restitución de la cosa, indemnización de los daños y perjuicios…).

4. Tramitación procedimental

La propuesta de decreto del fiscal se remite al Juzgado de Instrucción para que sea este quien proceda a su autorización y, en su caso, lo notifique al investigado. Esta autorización exige del juez de instrucción el control de los requisitos a los que hemos hecho referencia.

Si el juez de instrucción considera que se cumplen estos requisitos procede a su notificación al investigado, juntamente con el decreto del fiscal, citándole para que comparezca ante el tribunal al efecto de mostrarse conforme o no con dicha propuesta.

El art. 803 bis, f) al regular la comunicación, notificación y citación al investigador contempla en realidad dos actos concretos: la notificación al encausado, que le pone en conocimiento que el fiscal ha presentado una propuesta de decreto autorizada por el Tribunal; y la citación concreta para que comparezca ante el Tribunal día y hora concreta indicando la finalidad con la que se le cita, que deberá estar acompañado de la correspondiente asistencia letrada para su declaración (de confianza o nombrándosele de oficio), los efectos de la no comparecencia y las posiciones que puede adoptar ante la propuesta de decreto. En su comparecencia el Tribunal debe asegurarse de la presencia del letrado y de que el investigado entiende las consecuencias de lo que en dicha comparecencia va a ocurrir, particularmente si acepta la propuesta de decreto.

Ante la citación para comparecer, y debidamente informado, el encausado puede:

- Comparecer y aceptar la propuesta del fiscal. Nace así el título ejecutivo que es la sentencia de condena con el contenido del decreto del fiscal.
- Comparecer sin letrado, debiendo suspenderse la comparecencia hasta que acuda con uno o se le nombre de oficio y señalando nueva fecha.
- Comparece, pero rechaza total o parcialmente la propuesta del fiscal, pese a que cumpla los requisitos. En este caso, proseguirá la causa por su cauce normal.
- No comparecer: la propuesta queda sin efecto y el proceso continúa por el cauce que le corresponda.

Si el sujeto acepta la propuesta de decreto en todos sus términos, por tanto, el juez de instrucción crea el título ejecutivo, el cual se convierte en resolución judicial firme en un plazo de tres días. Contra la sentencia, así constituida, no cabe interponer recurso alguno.

IV. EL JUICIO RÁPIDO

1. Naturaleza

La Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Lecrim, introduce el proceso para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, con la finalidad de mejorar y optimizar la respuesta de la justicia hacia ciertos delitos. Estamos ante un proceso ordinario, con un ámbito de aplicación concreto, basado en la sencillez inherente a ciertas investigaciones y el papel de la Policía Judicial en las mismas y las facultades del juez de guardia. Este proceso se regula en los arts. 795 a 803 Lecrim, cuyo procedimiento abreviado es de aplicación subsidiaria.

2. Ámbito de aplicación

El art. 795 establece tres criterios, que determinan la procedencia del juicio rápido:

1.º) Gravedad del hecho: los hechos delictivos que pueden enjuiciarse por esta vía deben estar castigados con pena privativa de libertad –considerada en abstracto– que no exceda de cinco años, u otras penas (únicas, conjuntas o alternativas) cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su naturaleza. Es decir, se trata de delitos menos graves.

2.º) Se incoe mediante atestado policial, cuando haya habido detención policial, o citación policial para comparecer ante el Juzgado de guardia en calidad de denunciado en el atestado. A esta condición se añade también la posibilidad de que sea previsible la rápida identificación y localización del sujeto.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

3.º) Que concurran al menos una de las siguientes tres circunstancias:

– Se trate de un delito flagrante, en el sentido del art. 795.1- 1.º.
– Se trate de alguno de los delitos establecidos expresamente en el art. 795.1- 2.º, es decir, lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el art. 173. 2 CP; hurto; robo y hurto de uso de vehículos; contra la seguridad del tráfico; daños del art. 263 CP; contra la salud pública previstos en el art. 638, II CP; delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial de los arts. 270, 273, 274 y 275 CP.
– Se trate de hechos punibles cuya instrucción sea sencilla, y ello, aunque no concurran las circunstancias de los numerales primero y segundo.

3. Notas definitorias

Este procedimiento se caracteriza por buscar una rápida tramitación, a la que luego haremos una breve referencia; fortalecer las funciones de la Policía Judicial en la investigación del delito, hasta el punto de poder entender que existe una fase policial de investigación; la concentración de la instrucción o investigación judicial ante el juez de guardia, combinada con el papel del Ministerio Fiscal, en la práctica de las diligencias urgentes.

4. Tramitación procedimental

a) La fase de investigación

Procedimentalmente, lo más importante –tal y como se puede deducir de lo indicado hasta ahora– es la investigación, en la que podemos subdistinguir una primera etapa, con marcada intervención de la Policía Judicial, y una segunda etapa, judicial, denominada de diligencias urgentes.

1) La fase policial

La Policía practicará las diligencias oportunas para conformar adecuadamente el atestado policial, con la identificación de la persona sospechosa y, en su caso, su detención para comparecer ante el Juzgado de Guardia. El art. 796 Lecrim identifica las diligencias que puede llevar a cabo la policía, con la finalidad tanto de elaborar el atestado como, lo que es muy importante, evitar la reiteración de diligencias posteriormente por el juez o fiscal.[1199]

1199. El art. 796 se refiere, entre otras, a requerir la presencia de facultativo o personal sanitario para auxiliar a la víctima; información de derechos a sospechoso; proceder a la detención o a la citación del sospechoso ante el Juzgado de Guardia; practicar análisis de sangre, orina u análogo, etc.

2) Fase judicial o de «diligencias urgentes»

Esta fase, competencia del Juzgado de Guardia, comienza con la recepción del atestado, junto con los objetos, instrumentos y pruebas obtenidas por la policía e informes que, en su caso, lo acompañen. Si el Juzgado de Guardia considera que las actuaciones realizadas por la policía son suficientes, ordenará la continuación del procedimiento sin realizar actuación alguna distinta a esta comprobación.

Si el juez considera que procede practicar alguna diligencia más, lo hará con la participación del fiscal (art. 797 Lecrim). Así, puede ordenar la práctica de aquellas diligencias, que no se hubieran realizado, y que considere necesarias para la correcta calificación de los hechos; tomar declaración al detenido, con información de los derechos que le asisten, instándole a que designe un domicilio en España a efectos de notificaciones y citaciones; ordenar su detención si no comparece; tomar declaración a testigos; instruir a la víctima de sus derechos y posibilidades de actuación y participación en el proceso, etc.

Practicadas, en su caso, las diligencias que corresponda, el Juzgado de Guardia dictará un auto con el siguiente posible contenido:

– Ordenar la continuación de las actuaciones por los trámites del juicio rápido, por entender que son suficientes las diligencias practicadas. Esta decisión no es recurrible.
– Considerar que no procede continuar por la vía del juicio rápido, lo que se puede deber a diversos motivos:

  • no ser los hechos constitutivos de delito, por lo que se procede a dictar el correspondiente auto de sobreseimiento libre;
  • no considerar suficientemente acreditada la comisión del hecho o no haber autor conocido, y así dictar sobreseimiento provisional;
  • considerar que se trata de un delito breve, y pasar a su enjuiciamiento inmediato por la vía correspondiente;
  • entender que los hechos corresponden a la jurisdicción militar o de menores, por lo que se remiten a los órganos competentes;
  • considerar que las diligencias practicadas no son suficientes o que no pueden desarrollarse con rapidez, y se transforman en procedimiento abreviado.

También es esta la fase adecuada para adoptar las medidas cautelares que se consideren pertinentes, previa audiencia de las partes.

3. Preparación del juicio oral

Esta fase se desarrolla también ante el Juzgado de Guardia, y se regula en los artículos 800 y 801. La primera gran decisión que debe adoptarse en esta fase es,

ISBN: 978-84-18432-78-1

DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

obviamente, si se procede al sobreseimiento, por los motivos legalmente establecidos, o se procede a la apertura del juicio oral.

Caso de proceder a la apertura del juicio oral debe tomarse en consideración si únicamente existe la acusación pública por parte del fiscal, o que se hubiera constituido también acusación particular. Si se hubiera presentado únicamente acusación pública, el fiscal presenta de forma inmediata su escrito de acusación o su formulación oral, y se señala día y hora para la celebración del juicio oral y se emplaza al acusado y, en su caso, responsable civil para que presente su escrito de defensa ante el órgano competente para el enjuiciamiento de la causa, Juzgado de lo Penal (o se formulen oralmente, en cuyo caso convoca directamente para la celebración del juicio. Es posible en este momento prestar conformidad ante el Juzgado de Guardia, a la que se aplican las particularidades del art. 801).

Si no se presenta la acusación por el fiscal, el juez de guardia se dirigirá al superior jerárquico del fiscal para que, en el plazo de dos días, presente escrito de acusación; de no hacerlo, se entiende solicitado el sobreseimiento libre.

De personarse también acusación particular, se emplazará a los acusadores para la acusación (plazo improrrogable de dos días), y se citará a las partes para la celebración del juicio y emplazará al acusado y responsable civil para que formulen sus escritos de defensa.

El escrito, o escritos de defensa, que se entrega inmediatamente o en un plazo que no podrá exceder de cinco días, se presentan ante el juez de lo penal. El juez, tras el correspondiente examen de la proposición de prueba, admitirá mediante auto las que considere pertinentes y útiles, y establecerá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada, en su caso. La celebración del juicio oral supone una remisión al procedimiento abreviado, sin bien con reducción de ciertos plazos, por ejemplo, que se limita a tres días para dictar sentencia, que también puede dictarse de viva voz. La sentencia es recurrible en apelación ante la Audiencia Provincial, cuando se dicta por el juez de lo penal (ante la Audiencia Nacional cuando se dicta por los juzgados centrales de lo penal), con una reducción de plazos.

La conformidad es también posible ante el Juzgado de lo Penal, con aplicación de lo previsto para el abreviado.

V. EL PROCESO POR DELITOS LEVES

El proceso por delitos leves, del que se regulan –a su vez– dos modalidades se establece en el año 2015, consecuencia de la supresión de las faltas y el correspondiente juicio de faltas. Estamos, pues, ante el procedimiento adecuado para el enjuiciamiento de las conductas tipificadas como delitos leves en el Código Penal, es decir, las castigadas con penas no privativas de libertad entre un día y un año, y la pena de multa de hasta tres meses (arts. 13. 3 y 4, y 33. 4 CP), ámbito objetivo que no está exento de algunas dudas.

Estamos ante un procedimiento de doble instancia, breve y de sencilla tramitación, que permite la celebración del juicio en ausencia. La competencia, tanto para la instrucción, como para el conocimiento y fallo, corresponde al juez de instrucción, también como juez de guardia, o al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, en su caso. Caso de que entrara en juego la conexión con delitos más grave, podría corresponde al Juzgado de lo Penal o centrales de lo penal.

La estructura del proceso pretende ser muy sencilla: no existe imputación propiamente dicha, sino que la mera noticia de los hechos presuntamente delictivos calificados como delitos leves, bien por atestado policial o por denuncia, es suficiente para citar a juicio; no se prevé, por tanto, un procedimiento preliminar, por lo que se inicia directamente el juicio oral. La complicación procedimental deriva de la existencia de dos modalidades procedimentales: el procedimiento para enjuiciamiento inmediato de los delitos leves de lesiones o maltrato de obra, hurto flagrante, amenazas, coacciones e injurias; y el procedimiento común, para el resto de delitos leves.

Uno de los actos más importantes, dada esta estructura, del proceso es la citación a juicio, garantía del derecho de defensa. En el momento de la citación, se emplaza a las partes para que indiquen una dirección de correo electrónico y un número de teléfono a efectos de las comunicaciones y notificaciones, remitiéndose –en caso contrario– al domicilio designado.

Este procedimiento permite celebrar el juicio en ausencia del acusado, cuando conste su debida citación y se considere por el juez que su declaración y presencia en juicio no es necesaria (art. 971). Tampoco es necesaria, con carácter general, la intervención del abogado, lo que no impide que la parte comparezca con el mismo.

1. Aplicación del principio de oportunidad

Otro aspecto fundamental del procedimiento es la introducción del principio de oportunidad, es decir, la posibilidad de que se acuerde el sobreseimiento y archivo de las diligencias a instancia del fiscal por razones de oportunidad, siempre que se trate de:

– delito leve de escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y
– no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado.

En este caso, se comunica inmediatamente la suspensión del juicio a quienes hubieran sido citados adecuadamente y se notificará el sobreseimiento a los ofendidos por el delito.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

2. Procedimiento inmediato por delitos leves

El enjuiciamiento inmediato de los delitos leves será posible cuando concurran las siguientes condiciones:

1.ª Tratarse de delitos leves concretos: lesiones, maltrato de obra, hurto flagrante, amenazas, coacciones o injurias; y
2.ª La Policía Judicial ha de haber levantado atestado con autor conocido y presentarlo ante el Juzgado de Instrucción que deba enjuiciar esos hechos u otro distinto, pero dentro del mismo partido judicial, así como citar a los ofendidos y perjudicados, denunciado y testigos ante el Juzgado de Guardia.

Recibido el atestado y comparecidas, en su caso, las partes se procederá a la celebración inmediata del juicio oral; si por necesidades probatorias esta inmediatez no fuera posible, se habrá de fijar día y hora más próxima para su celebración. La vista oral se rige por lo establecido en el art. 969 Lecrim, de forma que, tras la práctica de la prueba, la audiencia al acusado y el informe oral de las partes, entre otros actos, se procede a dictar sentencia al concluir la vista o en los tres días siguientes. Si las partes hubieran manifestado su intención de recurrir, la sentencia es firme directamente.

3. Procedimiento común o general

Procedimiento previsto para resto de delitos leves, debiendo igualmente existir atestado policial o denuncia ante el Juzgado de Guardia, con denunciado identificado. El atestado se remitirá al Juzgado de Guardia, junto con las diligencias practicadas y el ofrecimiento de acciones al ofendido o perjudicado. Si no procede el sobreseimiento, se procederá al enjuiciamiento inmediato de ser posible, esto es, cuando se halle identificado el denunciado y sea posible citar a todas las personas que deban ser convocadas durante el servicio de guardia. La vista, igualmente, se desarrolla en la forma establecida en el art. 969.

De no poderse celebrar durante el servicio de guardia, el letrado de la Administración de Justicia señalará su celebración para el día más próximo posible, no superando nunca el plazo de los siete días. La sentencia puede dictarse al finalizar la vista o dentro de los tres días siguientes por escrito.

VI. LA POSIBILIDAD DE JUZGAR EN AUSENCIA

La Lecrim permite la posibilidad de celebrar el juicio en ausencia del acusado, dentro del ámbito del proceso abreviado y de los juicios rápidos, condicionado al cumplimiento de unos presupuestos o condiciones:

– respecto a la gravedad del delito, debe tratarse de hechos para los que la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o, de ser distinta, no exceda de seis años;
– será también necesario que en la primera comparecencia el investigado haya designado un domicilio en España a efectos de las notificaciones que corresponda o una persona que las reciba en su nombre (art. 776);
– en tal caso, el tribunal deberá haberle advertido que la citación realizada en dicho domicilio o a la persona designada permitirá la celebración del juicio en su ausencia;
– bien el Ministerio Fiscal, bien la parte acusadora ha de pedirlo expresamente, y el juez decidirá, oída la defensa, siempre que entienda que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento en ausencia sin merma del derecho de defensa.
– su abogado ha de estar presente.

Como hemos indicado, también es posible la ausencia del acusado en el proceso por delito leve (art. 971) cuando conste su debida citación y el juez, de oficio o a instancia de parte, considere que su declaración y presencia en el proceso no es necesaria.

Dictada sentencia condenatoria en ausencia, el condenado tiene a su disposición un recurso extraordinario, el «recurso» de anulación (v. § 32. IV. 2), para impugnar la sentencia dictada en ausencia únicamente para el caso que considere que ese juicio en ausencia no cumplió los requisitos para ello (art. 793). Para su interposición, es necesario que el acusado comparezca o sea hallado y se le notifique la sentencia dictada. Este recurso extraordinario se fundamenta, por tanto, en un único motivo: haber sido condenado en ausencia cuando no procedía. La competencia corresponde a la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional. La resolución del recurso se referirá a la declaración de la indebida condena en ausencia, anulando la sentencia y ordenando la retroacción de la causa al momento en que debió prestarse audiencia al sujeto.

VII. EL PROCEDIMIENTO POR DELITOS PERSEGUIDOS POR LA FISCALÍA EUROPEA

La Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento UE 2017/1393 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, supone la introducción en el sistema procesal penal español, de adultos, de la instrucción por la recién creada Fiscalía Europea. Este cambio no deja de ser el precursor del que se producirá si se aprueba la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La nota distintiva, pues, en este momento es que la instrucción de determinados delitos corresponderá al fiscal europeo, y no al juez de instrucción.

El ámbito de aplicación de este procedimiento es reducido o muy limitado, pues se concreta en el enjuiciamiento de los delitos que perjudiquen a los

intereses financieros de la Unión Europea en los que, con arreglo al Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, la Fiscalía Europea ejerza de forma efectiva su competencia para investigar, acusar y ejercer la acusación en juicio.

El Reglamento indicado supone que, si bien es aplicable la ley nacional para el enjuiciamiento de estos delitos, se crea un órgano acusador propio de la Unión Europea que tiene la obligación tanto de investigar como de enjuiciar dichas conductas: la Fiscalía Europea.

Es al fiscal europeo a quien corresponde la dirección y formación del procedimiento. Su competencia tiene carácter preferente, de forma que bien de oficio o por información recibida de la policía o la Fiscalía nacional, los fiscales europeos delegados (sede en España).

Cuando el fiscal delegado europeo considere que se trata de hechos de su competencia, dictará decreto acordando incoar el procedimiento de investigación de la Fiscalía Europea; decreto que contendrá la descripción precisa del hecho punible, su calificación jurídica provisional, la determinación de la persona investigada, si fuera conocida, y de las víctimas del delito. La misma resolución se dictará si los fiscales europeos delegados ejercitan el derecho de avocación del asunto.

El decreto se comunicará también al letrado de la Administración de Justicia, para que se proceda a designar el juez de garantías competente para intervenir en la investigación.

A partir de este decreto, el fiscal europeo ordenará la práctica de las diligencias que considere convenientes para esclarecer los hechos y determinar las responsabilidades penales y civiles.

La ley regula con detalle la primera comparecencia del investigador, para que se le comuniquen los cargos con asistencia letrada; así como la «coordinación» entre el fiscal y el juez de garantías, que deberá intervenir cuando las actuaciones concretas afecten a derechos fundamentales, habiéndolas autorizado previamente. Las medidas cautelares personales se reservan al juez de garantías, aunque únicamente el fiscal está autorizado para instarlas de forma motivada.

Esta actuación del juez de garantías es importante en este procedimiento, tanto en fase de investigación, como hemos indicado, como en la fase intermedia. Así, está facultado para controlar ciertas decisiones trascendentales del fiscal europeo, como el propio decreto de incoación, la declaración de secreto de la investigación; control que se realiza tanto directamente como vía de recursos.

Capítulo 34. Recursos: reglas generales

I. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN Y RECURSOS

1. Conceptos y clasificaciones

(1) Los conceptos y las clasificaciones se desprenden del gráfico.

Sinopsis 11: Medios de impugnación

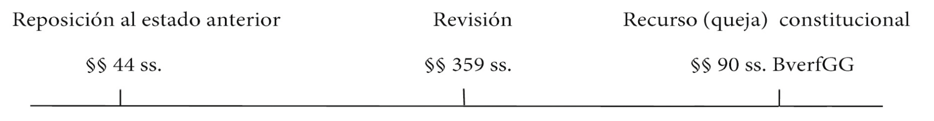
Medios de impugnación ordinarios

Recursos

	Apelación	Casación	Queja		Objeción
			Simple	inmediata	
Efecto devolutivo	§ 316	§ 343	Procedimiento		No
			§ 306, inc. 2º	§ 311, inc. 3º	
Efecto suspensivo del plazo	§ 316	§ 343	§ 307	§ 311, inc. 3º	
	1 semana	1 semana	no hay	1 semana	2 semanas § 410, inc. 1º
Iudex a quo	§ 314, inc. 1º	§ 341	§ 306, inc. 1º		§ 410, inc. 1º
Prohibición de *reformatio in peius*	§ 331, inc. 1º	§ 358, inc. 2º, 1ª oración	No vale		No vale

se aplica (el recurso)

Medios de impugnación extraordinarios



Efecto: supresión de la cosa juzgada. No en el caso del art. 25 ss. CEDH

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Efecto devolutivo: los recursos llevan el proceso a una instancia superior. La queja solo tiene esa consecuencia si no es subsanada.

Efecto suspensivo: la apelación y la casación, interpuestas dentro del plazo, impiden el comienzo de la cosa juzgada. La queja carece de efecto suspensivo.

(2) Además de los medios de impugnación formales, existen los *informales*. Son manifestaciones del derecho de petición (art. 17 GG). No están sujetas ni a un plazo ni a una forma. El *recurso jerárquico* de queja se dirige al superior que lleva adelante la supervisión administrativa, y cuestiona la conducta funcional del funcionario, aunque también puede deducirse contra el tratamiento dado al asunto. Con las *reconsideraciones* se requiere al tribunal que modifique o revoque una decisión que está en condiciones de revisar por sí mismo.

2. La función de los recursos

(3) *a*) Con la apelación, admisible contra sentencias del Tribunal Municipal, se logra que el asunto se juzgue completamente de nuevo. Se examina por tanto no solo la sentencia impugnada, sino que se decide otra vez toda la cuestión fáctica y jurídica.

(4) *b*) La casación es admisible contra sentencias de primera instancia del Tribunal Estadual, del Tribunal Superior Estadual (§ 333) y del Tribunal Municipal (§ 335; la instancia de apelación puede saltarse –la denominada casación *per saltum*–), así como contra sentencias de apelación del Tribunal Estadual (§ 333). El tribunal de casación ejerce únicamente un control sobre cuestiones de derecho, y se limita al examen de los errores que son motivo de impugnación. Ellos pueden consistir en que se aplicó mal el derecho material, y en que se infringieron disposiciones procesales. El tribunal de casación debe atenerse a los hechos establecidos por el tribunal *a quo* sobre la cuestión de la culpabilidad y de la pena. Si la impugnación versa sobre un error procesal, la fundamentación debe incluir las circunstancias a partir de los cuales resulta el error (§ 334, inc. 2.°, 2.ª oración). Estas circunstancias son controladas por el tribunal de casación (§ 352, inc. 1°). Si ellas son correctas, es algo que se extraerá del registro de las actuaciones (§ 274) o se aclarará por la vía de la prueba libre.

(5) *c*) La queja se dirige contra autos del tribunal y decretos del presidente respectivo (§ 304, inc. 1.°; ya no es admisible en el procedimiento de casación). Se controlan tanto los fundamentos fácticos de la decisión impugnada como la aplicación del derecho. El quejoso puede alegar nuevos hechos.

II. ADMISIBILIDAD

1. Procedencia

(6) La procedencia del recurso se rige según el tipo de decisión impugnada. Debe de estar previsto legalmente para el caso concreto.

(7) *a*) Una denominación errónea del recurso es irrelevante (§ 300).

Ejemplo: El acusado interpone «apelación» contra una sentencia del Tribunal de Jurados.

Si el recurso se denomina incorrecta o confusamente y hay varias posibilidades, debe dilucidarse por la vía de la interpretación cómo puede proseguir su tramitación.

Ejemplo: El condenado por el Tribunal Municipal interpone un recurso; lo denomina «casación» e invoca que no actuó de forma dolosa. En lugar de una apelación, él podría haber interpuesto también un recurso de casación (§ 335) pero, es evidente que pretende que sean reexaminados los hechos. Su recurso, por tanto, debe tratarse como un recurso de apelación.

(8) *b*) El principio de que el recurso no depende de la denominación que se le brinde (§ 300) vale a su vez para los errores que el tribunal ha cometido en la denominación de su decisión.

Ejemplo: La Cámara Penal advierte en el juicio un impedimento procesal, da por concluida la recepción de pruebas, escucha los alegatos y dicta después de la deliberación el «auto» por el cual sobresee el proceso (§ 206a). Debería haber dictado una sentencia (§ 206, inc. 3.°).

El recurso del que dispone ahora el acusado es la casación, no la queja.[1200] Si él se equivoca, no puede cargarse sobre sus espaldas el error del tribunal; su medio de impugnación debe reinterpretarse (cf. *supra* nm. 7). Si bien se le debe prestar ayuda para que el recurso que realmente corresponda pueda ser conocido y resuelto, ello no se extiende al punto en que se le permita elegir entre los diferentes recursos.[1201]

2. Legitimación activa

(9) Pueden interponer recursos:

– el imputado (§ 296, inc. 1.°);
– el defensor por derecho propio y en su propio nombre, a favor del imputado, pero no en contra de la voluntad de aquel (§ 297);
– un representante legal del imputado (§ 298) o un representante distinto del defensor (opinión mayoritaria), incluso en contra de la voluntad de este;
– después de la muerte del imputado, no puede interponer recursos un pariente, porque la posición de aquel no se «hereda», y porque la presunción de inocencia no será contradicha a través de una decisión que obtendrá la calidad de cosa juzgada;[1202]
– la Fiscalía, incluso a favor del acusado (§ 296);

1200. Cf. *BGHSt* 8, 383 s.; 25, 242; BHG, *StV* (1982), 61.
1201. De otra opinión, Beulke/Swoboda (2020), nm. 820.
1202. Cf. BGH, *NStZ* (1983), 179 (con nota de Schätzler).

– un interviniente accesorio (cf. *supra* § 20 nm. 10);
– el acusador privado (§ 390);
– el acusador adhesivo, en razón de un delito susceptible de acusación adhesiva (§ 400, inc. 1.°; cf. *infra* § 39 nm. 25 ss.).

Otros afectados por una decisión (p. ej., testigos, peritos) solo pueden interponer como medio de impugnación la queja, pero no la apelación o la casación.

3. El agravio

(10) El agravio forma parte de los presupuestos de la admisibilidad, no de la fundamentación de un recurso.[1203] Quien alega que ha sufrido un agravio no precisa exponer además una necesidad (especial) de protección jurídica.

(11) *a*) Un agravio solo puede deducirse de la parte dispositiva de la resolución judicial, no de sus fundamentos. El acusado, por tanto, no sufre un agravio cuando en la sentencia absolutoria se dice que ella se dicta por falta de pruebas.[1204] La solución en este caso, sin embargo, puede ser diferente, especialmente cuando se advierte de «las palabras utilizadas y de la formulación de la fundamentación de la sentencia», que el propio tribunal partió de la base de la veracidad del hecho objeto de reproche.[1205] Tampoco existiría agravio si en la fundamentación queda abierta la antijuridicidad del hecho, en razón de que el acusado era «de todas maneras incapaz de culpabilidad», o de que, por ello, ni siquiera se logró acreditar la tipicidad.[1206] El Tribunal Constitucional, empero, ha admitido recursos de inconstitucionalidad en caso de que los fundamentos de la sentencia lesionen directamente derechos fundamentales.[1207]

(12) *b*) Es agraviado quien es afectado directamente por la parte dispositiva de la sentencia (suponiendo que esta sea incorrecta) en sus derechos o intereses dignos de protección. Para la Fiscalía rige una regla especial (*infra*, nm. 14). El acusado resulta agraviado por cada decisión desventajosa que ha sido adoptada, y (visto objetivamente) por cada decisión favorable que ha sido omitida, pese a que ella resultaba exigible o era posible.[1208]

> **Ejemplo**: El defensor había solicitado una pena de multa leve. El tribunal dispuso únicamente una amonestación con reserva de la pena (§ 59 StGB). La sentencia respectiva le causó un agravio. El tribunal omitió disponer la posible internación en un centro de desintoxicación (§ 64 StGB), y dispuso solamente una pena privativa de libertad. El acusado, por tanto, ha sufrido un agravio (cf. § 67 StGB).

1203. *BGHSt* 16, 374.
1204. *BGHSt* 7, 153; BGH, *NStZ* (2016), 560 (caso Mollath).
1205. BGH, *NStZ* (2016), 561 s.
1206. *BGHSt* 16, 374.
1207. *BVerfGE* 28, 151: violación al honor.
1208. *BGHSt* 28, 327, 330.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

(13) El sobreseimiento en razón de un impedimento procesal no agravia al acusado,[1209] a menos que se haya pasado por alto la circunstancia de que debió haberse dictado una sentencia absolutoria (cf. *supra* § 31 nm. 3), o cuando el sobreseimiento solo se funda en un impedimento procesal subsanable y el acusado había alegado la existencia de un impedimento procesal insubsanable.[1210]

(14) *c*) La Fiscalía, obligada a resguardar el derecho y la observancia de la objetividad, resulta agraviada frente a cada decisión incorrecta. Puede, por tanto, interponer recursos incluso a favor del imputado (§ 296, inc. 2.°); así, por ejemplo, cuando el tribunal ha ido más allá de su propio requerimiento.[1211]

4. Forma y plazo

(15) Un recurso debe interponerse por escrito y dentro del plazo, ante el tribunal cuya decisión se impugna, o en su caso, debe constar en el protocolo de la oficina del mencionado tribunal (cf. sinopsis 11). La necesidad de una fundamentación está prescrita únicamente para el recurso de casación.

III. IMPUGNACIÓN Y COSA JUZGADA PARCIALES

(16) En la apelación y la casación no es forzoso impugnar toda la sentencia. La impugnación puede limitarse a determinadas partes (§§ 318 y 334). Para ello interesa si «es objeto de la impugnación una parte de la decisión tal que, desprendida y separada de la parte no impugnada de la sentencia, admita un examen y un juicio autónomo».[1212] De acuerdo con esta *fórmula de la separabilidad*, el tribunal del recurso controla si la limitación realizada es o no eficaz.[1213]

(17) Además, el tribunal controla que se resguarde el presupuesto de la *no contradicción*. Entre las partes no impugnadas de la sentencia y la decisión del tribunal que conoce y resuelve el recurso no pueden suscitarse contradicciones.[1214] Si estas dos condiciones no se cumplen, la limitación de la parte impugnada realizada por el recurrente se torna ineficaz y se tiene por impugnada toda la sentencia (§ 318, 2.ª oración; esta idea se aplica también para el recurso de casación).

(18) Una limitación eficaz de la impugnación conduce a que las partes no impugnadas de la resolución judicial adquieran la calidad de cosa juzgada (cosa juzgada parcial). Si de varios acusados interpone recurso de apelación o casación solamente uno, la sentencia adquiere calidad de cosa juzgada para los otros

1209. *BGHSt* 23, 257, 259.
1210. BGH, *NStZ* (2011), 531; *NStZ* 2011, 650.
1211. Cf. OLG Düsseldorf, *NStZ* (1990), 292.
1212. *BGHSt* 10, 100 s.; 29, 359, 364.; 64, 209, 214.
1213. Cf. Wankel, *JA* (1998), 65. Por regla, no es contradictorio formular un motivo de casación absoluto capaz de afectar el veredicto de culpabilidad, aunque limitando la casación a la cuestión de la pena; BGH, *NStZ* (2003), 99.
1214. *BGHSt* 7, 283, 285; 27, 70, 72; OLG Düsseldorf, wistra (1988), 118.

(cosa juzgada relativa; cf. *supra* § 32 nm. 3; supresión de la cosa juzgada ante la casación exitosa: § 357, en detalle *infra* § 36 nm. 55). Los siguientes casos muestran cuándo un acusado puede restringir eficazmente su recurso de apelación o casación.

1. Varios hechos

(19) El recurso puede restringirse a la condena por un hecho (§ 264). En este caso no hay que temer contradicciones (excepción: cuando los hechos se encuentran entre sí en una relación de alternatividad).[1215] La condena por los hechos no impugnados adquieren la calidad de cosa juzgada. Se produce una cosa juzgada parcial vertical.

2. Un hecho

(20) *a*) Puede ser que varios delitos que se encuentran entre sí en una relación de concurso real (§ 53 StGB) constituyan procesalmente un hecho (cf. *supra* § 13 nm. 15). En ese caso es admisible restringir el recurso de apelación o de casación a uno de esos hechos materialmente independientes. Si la condena se deja sin efecto y el caso es objeto de reenvío, el nuevo juez se encontrará vinculado a los hechos que ya se encuentran establecidos en relación con los delitos que no fueron objeto de impugnación.[1216] Si el tribunal que debe conocer y resolver el recurso se forma la opinión de que en rigor no existe un concurso real, la restricción se torna ineficaz.[1217]

> **Ejemplo**: Si en el caso ilustrado *supra* § 13 nm. 15 se suprime el delito del § 142 StGB, tampoco existirá concurso real.

(21) *b*) La restricción a la cuestión de la pena (pronunciamiento sobre las consecuencias jurídicas) es, por regla general, admisible.[1218] Se produce cosa juzgada parcial horizontal.

En verdad, se trata de un efecto vinculante. El carácter de cosa juzgada solo lo adquieren las decisiones, no los hechos comprobados. Este efecto vinculante ya no puede admitirse si en la audiencia ante el tribunal que conoce y resuelve el recurso emergen circunstancias que afectan la decisión condenatoria contenida en la sentencia.

1215. *BGHSt* 32, 146.
1216. *BGHSt* 24, 185; *28*, 119, 121; muy discutido.
1217. *BGHSt* 25, 27.
1218. *BGHSt* 19, 46, 48; 33, 59; 64, 209, 214. Sin embargo, un recurso de revisión en contra de una sentencia de apelación no puede limitarse a la consecuencia jurídica, cuando, en relación con una apelación interpuesta sin limitaciones, el tribunal de apelación no ha tomado una propia decisión sobre la culpabilidad del acusado con base en su correspondiente constatación de los hechos (*BGHSt* 64, 209, 214 s.). Para ello, véase Leitmeier, *NJW* (2020), 255.

Ejemplo: En el procedimiento de apelación sobre la cuestión de la pena un perito ofrece explicaciones plausibles de que, en el momento del hecho, el acusado era inimputable. La limitación del recurrente a la medida de la pena debe tratarse como ineficaz.[1219] En la audiencia sobre la cuantía de la pena emerge como plausible la circunstancia de que en el caso concreto existió un desistimiento desincriminante de la tentativa.[1220]

(22) *c*) En el marco de la decisión de culpabilidad contenida en la sentencia, un recurso de apelación o casación no puede limitarse a impugnar ulteriormente aspectos jurídicos individuales (p. ej., a la cuestión de si existió un error de prohibición). Las condiciones de un caso menos grave o de uno especialmente grave se refieren al mismo tiempo (en la mayoría de los casos) a la extensión de la culpabilidad; no pueden valorarse aisladamente, sin las circunstancias concernientes a la culpabilidad, y forman parte, por eso, de la cuestión de la culpabilidad. Lo mismo vale para los ejemplos regulares (*Regelbeispiele*), si bien, para ser dogmáticamente precisos, ellos pertenecen al campo de las consecuencias jurídicas.[1221]

(23) *d*) Dentro del pronunciamiento acerca de las consecuencias jurídicas, son factibles otras restricciones sobre partes separables de la sentencia:

– en la pena de multa, sobre el monto del importe diario o sobre su número;[1222]
– en la pena de prisión, sobre la cuestión del cómputo del abono de la prisión preventiva (§ 150 StGB) y sobre la imposición de la pena en suspenso;[1223]
– sobre la imposición de una prohibición para conducir;[1224]
– sobre las medidas de seguridad.

IV. PROHIBICIÓN DE *REFORMATIO IN PEIUS*

(24) La prohibición de la modificación en perjuicio rige en los procedimientos de apelación, casación y revisión (§ 373, inc. 2.°). No es una consecuencia derivada del principio del Estado de derecho.[1225] Esta «gracia jurídica» se le concede al acusado para que, al decidir si interpone un recurso, no tenga que temer que las cosas pueden tornarse aún peor.[1226] La posición que tiene el acusado después del dictado de la sentencia se mantiene, incluso cuando ella es incorrecta, o cuando le ha proporcionado una ventaja antijurídica.

1219. *BGHSt* 46, 257.
1220. *BGHSt* 46, 257.
1221. Cf. OLG Schleswig, *JR* (1980), 302 (con comentario en contra de *Grünwald*).
1222. Discutido, Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 40 nm. 19.
1223. *BGHSt* 24, 164.
1224. Muy controvertido; BayObLG, *DAR* (1985), 239.
1225. *BGHSt* 9, 324 (332); *BGHZ* 85, 180, 185; Meyer-Goßner, FS Kleinknecht (1985), 297.
1226. *BGHSt* 11, 319, 323.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Ejemplo: Una decisión de absolución que el Tribunal de Escabinos no debería haber dictado pues, por haber ordenado al mismo tiempo la internación, carecía de competencia para hacerlo (§ 24, inc. 2.° GVG).

(25) La prohibición de la *reformatio in peius* solo tiene aplicación cuando el recurso de apelación o casación fue interpuesto únicamente por el acusado, por la Fiscalía a su favor o por su representante legal. En cualquier caso, protege solamente frente a la posibilidad de que la consecuencia jurídica no sea empeorada en su tipo y cuantía. El pronunciamiento sobre la culpabilidad puede agravarse.[1227]

Ejemplos: El acusado condenado por hurto a cien días-multa, a razón de € 30 por cada uno de ellos, es castigado por el tribunal de apelación a la misma pena, pero por robo. El acusado fue condenado por un delito y absuelto por otro que estaba en concurso real con el primero (sobre esta absolución parcial en un hecho, cf. *supra* § 31 nm. 7 ss.). El tribunal de apelaciones revoca la absolución parcial y condena a la misma pena por ambos delitos, que coinciden en una unidad de hecho.[1228]

(26) El acusado puede evitar el riesgo de tener que aceptar cambios en la cuestión del pronunciamiento sobre la culpabilidad, restringiendo su recurso a la cuestión de la pena.

(27) Si en la cuestión de la consecuencia jurídica se produce un «empeoramiento», es algo que debe investigarse a través de una comparación total entre la sentencia anterior y la nueva. En este «enfoque totalizador»[1229] está permitido efectuar compensaciones.

Ejemplos: El tribunal de apelaciones dicta por primera vez una prohibición para conducir (§ 44 StGB) y reemplaza al mismo tiempo la pena de prisión por una pena de multa.[1230]

A la inversa: el importe diario de la multa se eleva (no la cantidad de días-multa ¡pena de prisión de reemplazo!) y se deja sin efecto para ello la prohibición para conducir, de modo tal que el acusado, en el balance, no se halla económicamente peor.[1231]

V. RENUNCIA Y DESISTIMIENTO

(28) El desistimiento y la renuncia de un recurso se encuentran regulados en el § 302. El inc. 1.°, 1.ª oración señala que el desistimiento o la renuncia a un recurso también pueden tener lugar antes del transcurso del plazo para interponerlo. Si se trata de un recurso interpuesto a favor del acusado, la ley prevé para su desistimiento requisitos especiales. En este sentido, el defensor necesita una autorización expresa del imputado para poder desistirse del recurso (§ 302 inc. 2.°)[1232]. En este

---

1227. *BGHSt* 14, 5, 7; *NStZ* (1986), 209.
1228. *BGHSt* 21, 256.
1229. *BGHSt* 24, 11; 29, 269 s.
1230. *BayObLG*, MDR (1978), 422 (dudoso).
1231. BayObLG, *NJW* (1980), 849.
1232. Las facultades (recursivas) del imputado por un lado, y las de su eventual representante legal (§ 298) por otro lado, son paralelas. Por ello, un eventual representante legal solo puede

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

caso, la existencia de un poder no resulta suficiente por sí sola.[1233] Si es la Fiscalía la que tomó la decisión de interponer un recurso en beneficio del acusado, necesita de la aprobación de este para poder desistirse. El § 302 inc. 1.°, 3.ª oración, regula el caso de la interposición de un recurso por parte de la Fiscalía en beneficio del acusado (§ 296 inc. 2.º). Sobre la prohibición de renuncia a los recursos luego de una sentencia obtenida por medio de la conformidad, véase el § 302 inc. 1.°, 2.ª oración y también cf. *supra* § 30 nm. 6.

Casos y preguntas

227. ¿Qué es el efecto devolutivo y qué el efecto suspensivo?
228. ¿Qué tipos de recursos conoce la StPO?
229. El condenado por un Tribunal Municipal interpone un recurso, sin explicar si se trata de una apelación o de una casación *per saltum*. ¿Es admisible este proceder?
230. ¿Puede la Fiscalía interponer casación incluso a favor del acusado?
231. ¿Es posible una interposición restringida de los recursos?
232. ¿Rige en los procedimientos de apelación o de casación la *reformatio in peius*?

Comentarios desde la perspectiva española

I. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN Y RECURSOS

1. Concepto y clasificaciones

Los medios de impugnación entendidos como los instrumentos a disposición de las partes para «atacar» las resoluciones dictadas por los tribunales, o en el caso español el letrado de la Administración de Justicia, a lo largo del proceso en sus distintas fases, incidentes e instancias, se pueden concebir en sentido amplio o estricto. En sentido amplio incluirán aquellos que permiten impugnar las sentencias que han adquirido firmeza, lo que incluye el recurso de revisión y de anulación. En sentido estricto, recursos propiamente dichos, abarca únicamente los que permiten la impugnación de aquellas sentencias que no han adquirido firmeza, pues precisamente, la interposición del recurso impide que la resolución recurrida adquiera firmeza.

El sistema español de recurso, reformado en 2015, se esquematiza en el siguiente cuadro.

---

desistirse o en su caso, renunciar a su propio recurso. La facultad del § 302 inc. 2.º no puede ser otorgada por él (cf. *BGHSt 6*, 218).

1233. En detalle: Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 302 nm. 28 ss.

	No devolutivo	Devolutivo	Ordinario	Extraordinario	Resoluciones recurribles	Regulación
Reposición	X		X		Diligencias de ordenación del letrado Administración de Justicia Decretos LAJ, salvo que sean revisables	238 bis
Reforma	X		X		Resoluciones interlocutorias de órganos judiciales unipersonales	217; 766. 1 y DA 5.ª-1 LOPJ
Súplica	X		X		Resoluciones interlocutorias de órganos judiciales unipersonales	238
Revisión		X	X		Decretos del LAJ	238 ter
Apelación		X	X		Resoluciones interlocutorias (no todas) Sentencias (todas)	217 y 766. 1 220 a 238 790 a 793
Queja		X	X		Auto de inadmisión del recurso de apelación Auto de inadmisión del recurso de casación	213 216 a 221 858 862 a 871
Casación		X		X	En función del motivo alegado: Sentencias y ciertos autos	847 a 906

2. Cuestiones generales sobre los recursos

Lo que podríamos llamar teoría general de los recursos no difiere esencialmente entre los ordenamientos alemán y español. Así ocurre, por ejemplo, en el reconocimiento de los efectos devolutivo, no devolutivo, extensivo o suspensivo en función del recurso de que se trate; la exigencia de gravamen; la legitimación en general, tanto pasiva como activa, así como las finalidades o funciones generales de los mismos, que no es otra que la de obtener una revisión, con mayor o menor alcance, de una decisión ya tomada, sin perjuicio de diferencias puntuales en cuanto a resoluciones recurribles, etc., entre ambos ordenamientos.

A efectos informativos, en los puntos que siguen nos limitaremos, completando con el cuadro del punto 1, a una breve explicación de cuándo procede cada uno de los recursos contemplados por el ordenamiento español y sus particularidades más específicas. En este análisis, nos centraremos en los recursos procedentes contra las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de haber hecho referencia en el cuadro-resumen a los recursos contra las resoluciones dictadas por los letrados de la Administración de Justicia.

3. Breve consideración sobre el derecho a los recursos

El derecho a los recursos en el proceso penal español se configura como uno de los contenidos especiales del derecho a la tutela judicial efectiva, y se constituye como un derecho fundamental de configuración legal (art. 24. 1 CE), claramente influido por la legislación internacional (art. 14. 5 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos o el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) y la jurisprudencia del TEDH y TJUE que, finalmente, han llevado a la reforma del año 2015. La admisibilidad del recurso puede condicionarse al cumplimiento de determinados requisitos, materiales o formales, que deberán –no obstante– interpretarse a favor de la admisión del recurso.

En el proceso penal español tiene una importante restricción en este derecho en el caso de los aforamientos, en que la sentencia se dicta por los Tribunales Superiores de Justicia o el Tribunal Supremo, en función del aforado. Limitación que presenta una justificación distinta a la que conlleva la no impugnación de la sentencia dictada en conformidad o consecuencia de la aceptación de decreto del fiscal.

Inherente al derecho a recurrir aparece la prohibición de *reformatio in peius*, es decir, la imposibilidad de agravar o empeorar la situación de quien recurre como consecuencia del recurso (art. 902 Lecrim); con la excepción, obvia, de que se recurra la resolución por ambas partes o posiciones procesales.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

II. EL RECURSO DE REPOSICIÓN

El recurso de reposición procede contra las diligencias de ordenación dictadas por el letrado de la Administración de Justicia conforme a los previsto en el art. 144 bis Lecrim; así como los decretos del mismos para los que no se prevea expresamente el recurso de revisión.

El recurso se interpone ante el propio LAJ en el plazo de los tres días siguientes a su notificación, mediante escrito firmado por letrado, en el cual se indica la infracción que se considera se ha cometido. No tiene efectos suspensivos.

Presentadas las alegaciones por las partes, por escrito, el LAJ resolverá mediante decreto. Si bien los arts. 211 y 238 bis establecen que este decreto es irrecurrible, el Tribunal Constitucional, en sentencia 151/2020, ha declarado inconstitucional esta exclusión por considerarla contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, «ya que crea un régimen de impugnación de las decisiones de los letrados de la Administración de Justicia generador de un espacio inmune al control jurisdiccional».

III. EL RECURSO DE REFORMA

El recurso de reforma procede contra las resoluciones interlocutorias (autos y providencias[1234]) de los órganos jurisdiccionales unipersonales (juzgados de instrucción, juzgados de violencia sobre la mujer y juzgados de lo penal) no exceptuadas de recurso.[1235] En el caso del proceso ordinario por delitos más graves, la reforma es preceptiva previamente a la apelación; en el caso del abreviado, puede interponer directamente apelación o interponer reforma y apelación en el mismo escrito, de forma subsidiaria.

El recurso de reforma se interpone ante el órgano jurisdiccional que ha dictado la resolución recurrida, por escrito, en un plazo de tres días, indicando los motivos de la infracción. El recurso se resuelve mediante auto.

IV. EL RECURSO DE SÚPLICA

El recurso de súplica procede, correspondiéndose con el de reforma, contra las resoluciones interlocutorias de los órganos judiciales colegiados, salvo cuando legalmente se prevea para ellos otro recurso, concretamente la apelación. En su tramitación se reitera lo dicho para el recurso de reforma.

1234. Como indica Etxeberria Guridi, en Gómez Colomer y Barona Vilar (2021b, 515), aunque no se diga expresamente por la ley, también serán recurribles las providencias.

1235. Se exceptúa de recurso, por ejemplo, el auto de admisión o inadmisión de prueba o el que acuerda la apertura del juicio oral.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

V. EL RECURSO DE REVISIÓN

El recurso de revisión es procedente contra los decretos dictados por el letrado de la Administración de Justicia cuando expresamente lo prevea la ley.

El recurso, en cuanto devolutivo, se interpone ante el juez o tribunal con competencia en la fase del proceso en que el decreto se dicte, y este órgano también es el competente para su resolución. El recurso se interpone por escrito, firmado por letrado, y debe indicar la infracción que se denuncia. La resolución que resuelve el recurso es un auto irrecurrible.

ISBN: 978-84-18432-78-1

DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Capítulo 35. Apelación

I. ADMISIBILIDAD

1. Procedencia

(1) La apelación es admisible contra las sentencias del juez penal y del Tribunal de Escabinos (§ 312).

2. Forma y plazo

(2) Debe presentarse por escrito o mediante protocolización de la oficina judicial (§ 314, inc. 1.°).[1236] El plazo se extiende a una semana y comienza a correr con el pronunciamiento de la sentencia (sobre el cálculo, § 43). Si el acusado no estuvo presente en el pronunciamiento (en ningún momento), el plazo se pone en marcha recién mediante la notificación de la sentencia completa con los fundamentos (§ 314, inc. 2.°).

3. Apelación y restitución al estado anterior

(3) Si de acuerdo con el § 232 se pudo celebrar la audiencia sin el acusado, este puede formular la pretensión de restituir el procedimiento al estado anterior y, de este modo, acceder a un nuevo juicio oral en primera instancia; pero también puede interponer un recurso de apelación e ir a la segunda instancia. La concurrencia de estos medios de impugnación se encuentra regulada en el § 315.

4. Fundamentación

(4) Una fundamentación («justificación») no está prescrita como obligatoria, si bien ella es adecuada y frecuente; en los casos del § 313 es prácticamente

---

1236. Si el recurso de apelación se interpone por el defensor, desde el 1 de enero de 2022 regirá la obligación de remitirlo por vía electrónica según el § 32d inc. 1.°, 2.ª oración.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

ineludible. El plazo (§ 317) es jurídicamente irrelevante, toda vez que el tribunal de apelaciones debe considerar también las explicaciones efectuadas con posterioridad.

5. Recurso indeterminado

(5) Se puede interponer simplemente un recurso, dejando abierto si se trata de un recurso de apelación o de una casación (o una casación *per saltum*), y realizar esta denominación hasta el momento de la expiración del plazo para fundar la casación (§ 345).[1237] Si se prescinde de esta elección, el recurso es tratado como apelación. Si el recurrente denomina su recurso como apelación, puede, dentro del plazo de fundamentación de la casación, cambiarlo y pasar a tramitar una casación.[1238]

6. Admisión del recurso

(6) En casos de bagatela (detalles en el § 313) la apelación no es admisible sin más por el hecho de haber sido interpuesta en tiempo y forma. Necesita de la admisión (§§ 313, inc. 1.°, 1.ª oración; 322), que no prospera cuando el recurso es manifiestamente infundado (§ 313, inc. 2.°). Esto es asistemático: ese examen del proceso de primera instancia y de su resultado no tiene lugar en el procedimiento de apelación (cf. *infra* nm. 17 ss.).[1239] Cuando se invoquen hechos o medios de prueba nuevos (§ 323, inc. 3.°): si es que la apelación no va a ser admitida, los hechos establecidos por la resolución impugnada deben estar por encima de toda duda razonable.[1240]

> **Caso**: El Tribunal de Escabinos, según la opinión del tribunal de apelaciones, ha llevado a cabo un procedimiento probatorio escrupuloso, y ha mostrado una valoración de las pruebas y de la situación jurídica autosuficiente y convincente. Sin embargo, al final del penúltimo día de audiencia –en los últimos diez minutos–, por descuido, no ha restablecido la publicidad.

Ese error serviría de base para un recurso de casación (§ 338, núm. 6). Esto, que antes era un motivo para reenviar la causa al Tribunal Municipal, ha sido suprimido confiando en su subsanación a través de la nueva audiencia ante el tribunal de apelaciones. La admisión de la apelación en este caso, consecuentemente, no puede ahora denegarse con el fundamento de que la sentencia sería objetivamente correcta.

1237. *BGHSt* 2, 63, 66.
1238. *BGHSt* 5, 338, 340.
1239. Fezer, *NStZ* (1995), 265.
1240. BverfG, *NJW* 1996, 2785.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

7. Consecuencias jurídicas

(7) La apelación admisible impide la cosa juzgada, en la medida en que ha sido impugnada la sentencia (sobre la impugnación parcial, *supra* § 34 nm. 16 ss.), y traslada el asunto a la próxima instancia (efecto suspensivo y devolutivo).

II. LA MARCHA DEL PROCEDIMIENTO

1. *Iudex a quo*

(8) El tribunal de primera instancia, ante el cual se interpone la apelación, examina si el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo. De no haber sido así, el recurso será declarado inadmisible (§ 319). Si el recurso es procedente, el expediente se presenta al tribunal de apelaciones por intermedio de la Fiscalía (§§ 320 y 321).

2. Admisibilidad

(9) El tribunal de apelaciones examinará otra vez (§ 322) la observancia del plazo y, por primera vez, los demás presupuestos de admisibilidad (forma, agravio), y, en los casos del § 313, decidirá sobre la admisibilidad (§ 322a).

3. Preparación de la vista oral, § 323

(10) La regla del § 329 establece las consecuencias de la no comparecencia, las cuales deben indicarse al acusado junto con la citación respectiva.

4. Impedimentos procesales

(11) Si se suscita un impedimento procesal en este estadio del procedimiento, este será sobreseído por medio de un auto (§ 206a). La opinión mayoritaria considera que ello también corresponde cuando se comprueba que el Tribunal Municipal había pasado por alto un impedimento procesal.[1241] El argumento de que los impedimentos procesales deben ser atendidos de oficio en cualquier estadio del proceso no justifica este proceder, porque con ello no se dice cómo ha de reaccionarse frente al impedimento procesal. Si este ha sido ignorado en la primera sentencia, la apelación debe ser acogida;[1242] la sentencia debe revocarse y el proceso debe concluir mediante una sentencia de sobreseimiento (§ 260, inc. 3.°).

1241. *BGHSt* 24, 208, 212; 32, 275, 290.
1242. Cf. Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 206a nm. 6.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

5. La vista oral

(12) Se debe proceder como en las audiencias de primera instancia, con las modificaciones de los §§ 324 y 325.

6. «Sentencia en contumacia», § 329

(13) Si al inicio de la vista oral el acusado no comparece sin una excusa suficiente, ni tampoco se presenta su representante, su apelación será rechazada sin tratar el asunto: § 329, inc. 1.°, 1.ª oración. La ley supone que el acusado que no se presenta no tiene interés en la vista oral y ha renunciado a su recurso.[1243] Esta suposición, por cierto, también se justifica cuando el tribunal de casación ha invalidado una sentencia de apelación y ha reenviado el caso para la realización de una nueva audiencia (§§ 354 y 355). Pero en esta situación es claro que la primera sentencia de apelación era defectuosa; ella no podría mantenerse a través del rechazo de la casación.

(14) Con base en el art. 6 inc. 1.º y 3.º letra c CEDH, el TEDH ha declarado que la práctica consistente en rechazar recursos de apelación sin una vista oral, cuando solo comparece un defensor, resulta contraria a la Convención.[1244] En este contexto, el § 329 inc. 2.º, 1.ª alternativa, establece claramente desde el 2015[1245] que en caso de un acusado ausente, que sin embargo se encuentra representado por un defensor, la vista oral puede tener lugar, en la medida que «la presencia del acusado no sea indispensable».[1246] El acusado no puede fundar posteriormente su recurso de casación en la circunstancia de que su presencia era necesaria (§ 340). Si el recurso de apelación fue interpuesto por la Fiscalía, la vista oral puede tener lugar a pesar de que no comparezca ningún defensor y que la incomparecencia del acusado no se encuentre suficientemente justificada (§ 329 inc. 2. º, 1.ª oración, 2.ª alternativa).

(15) El rechazo de la apelación como inadmisible tiene prioridad respecto de la decisión según el § 329, inc. 1.° (§ 322, inc. 1.º, 1.ª oración). De acuerdo con la opinión dominante, el sobreseimiento del § 206a debe también preceder al rechazo conforme al § 329, inc. 1.°. Pero ello únicamente es correcto cuando

---

1243. *BGHSt* 15, 287, 89; otra opinión: caducidad.

1244. TJUE, *StraFo* (2012), 490; para ello, entre otros, véase la nota de Ast, *JZ* (2013), 780; *JZ* Püschel, *StraFo* (2012), 493; Esser, *StV* (2013), 331, 337 ss., así como también sobre la antigua jurisprudencia del TJUE y su recepción en la jurisprudencia alemana (333 ss.). Ilustrativo sobre toda la materia también SSW/Brunner, § 329 nm. 1 ss.

1245. Introducido a través de la Ley para el fortalecimiento del derecho del acusado a ser representado en la vista oral del recurso de apelación y sobre el reconocimiento de las decisiones tomadas en ausencia en el marco de la cooperación judicial, de 17 de julio de 2015, *BGBl.* I, 1332.

1246. OLG Hamburg, *NStZ* (2017), 607, 608, considera, con todo, que la presencia del acusado es desde luego indispensable, cuando se trata de esclarecer «cualquier circunstancia relevante sobre la cuestión de la culpabilidad y la pena». Sobre ello, muy crítico Sommer, *StV* (2016), 55, 58 («El fetiche del esclarecimiento a través de la presencia»).

el impedimento procesal acaece luego de la primera sentencia (cf. *supra* nm. 11).[1247]

7. Revocación y reenvío

(16) Si en primera instancia decidió un tribunal territorial o materialmente incompetente (cuando el acusado ha comparecido), la primera sentencia se revoca y el asunto se reenvía al tribunal competente para un nuevo juzgamiento (§ 328, inc. 2.°). En todos los otros casos, el tribunal de apelaciones debe decidir el asunto por sí mismo.

III. LA SENTENCIA SOBRE EL FONDO DEL TRIBUNAL DE APELACIONES

1. Apelación infundada

(17) Si el tribunal de apelaciones arriba al mismo resultado que el Tribunal Municipal, no dicta otra vez una sentencia sobre el fondo, sino que rechaza la apelación por infundada. Una vez expirado el plazo para la interposición de la casación contra la sentencia de apelación, la sentencia de primera instancia adquiere la calidad de cosa juzgada.

2. Apelación fundada

(18) Si el tribunal de apelaciones arriba a otro resultado revocará la sentencia del Tribunal Municipal y resolverá el asunto él mismo (§ 328, inc. 1.°). Esto rige «en la medida en que» la apelación esté fundada. Si el tribunal de apelaciones, por ejemplo, simplemente considera correcta otra cuantía para la pena, no se pronunciará sobre la cuestión de la culpabilidad; solo revocará el pronunciamiento referido a la pena y resolverá nuevamente al respecto.

(19) Su competencia material no se extiende más allá de la del juez que decidió en primera instancia.[1248] Si considera apropiada una consecuencia jurídica que el Tribunal Municipal no tiene permitido dictar (§ 24, inc. 2.° GVG), debe remitir el asunto a la Gran Cámara Penal del Tribunal Estadual.

1247. Así, también SSW/Brunner, § 329 nm. 7; de otra opinión: *Meyer-Goßner/Schmitt* (2021), § 329 nm. 8; *BGHSt* 46, 230.
1248. BGHSt 31, 63, 66; 34, 159, 160.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Casos y preguntas

233. ¿Qué sentencias pueden ser impugnadas mediante un recurso de apelación?
234. ¿Cuándo la apelación necesita de la admisión?

Comentarios desde la perspectiva española

La regulación del recurso de apelación en el ordenamiento español es relativamente compleja en cuanto que presenta características propias en función del procedimiento en que nos encontremos, particularmente en el caso de la apelación de las sentencias; considerándose la apelación en el proceso abreviado «el modelo a seguir».[1249] Para una mayor claridad en estas páginas, vamos a prescindir de todos los matices y diferencias, ofreciendo una explicación más general del recurso, centrado en su finalidad.

Sin perjuicio de estas matizaciones, el recurso de apelación es el recurso ordinario por excelencia, y ello pese a que su «carácter limitado». La apelación, en el proceso penal español, presenta la particularidad de que el tribunal superior (*ad quem*), que resolverá el recurso, ve limitadas sus facultades de cognición y decisión, en tanto que «revisa» los aspectos fácticos y jurídicos conocidos por el juez de primera instancia, sin poder hacer un nuevo examen de los hechos y de la prueba que se aportó en dicha instancia; es decir, no hay realmente un nuevo conocimiento de lo que aconteció en la primera instancia, sino una revisión de lo ya resuelto.

I. RESOLUCIONES RECURRIBLES

La apelación procede tanto contra resoluciones interlocutorias como contra resoluciones definitivas (autos y sentencias) dictados por los órganos jurisdiccionales. Esta doble posibilidad de apelación obliga –para mayor claridad– a distinguir entre la apelación de resoluciones interlocutorias y la apelación de sentencias, que se correspondería realmente con la segunda instancia.

1. Apelación contra resoluciones interlocutorias

En el proceso ordinario, son recurribles las resoluciones del juez de instrucción para las que la ley expresamente prevé dicho recurso. En el procedimiento abreviado y juicios rápidos, procede contra las resoluciones del juez de instrucción y el juez de lo penal no exceptuadas de recurso.

1249. Gómez Colomer y Barona Vilar (2021b, 522).

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

2. Apelación contra resoluciones definitivas (autos)

Son recurribles en apelación ciertos autos que ponen fin al proceso con eficacia de cosa juzgada, por ejemplo, el auto de sobreseimiento libre; o que impiden definitivamente la continuación del procedimiento, por ejemplo, por falta de jurisdicción o competencia[1250].

3. La apelación de sentencias

Igualmente, son recurribles en apelación las sentencias dictadas en primera instancia por los órganos jurisdiccionales, poniendo fin a la misma de manera definitiva. La generalización de la segunda instancia en nuestro ordenamiento se consigue definitivamente con la reforma por la Ley 41/2015, en tanto que introduce la posibilidad de apelar las sentencias dictadas por las audiencias provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Como hemos indicado, si bien la apelación de sentencias presenta una regulación distinta en función del procedimiento en que nos encontremos, presentamos a continuación unas consideraciones generales de dicho recurso y su tramitación, partiendo de su tramitación en el procedimiento abreviado.

a) Competencia para resolver del recurso

La competencia para conocer del recurso corresponde siempre al superior jerárquico del órgano jurisdiccional que dictó la sentencia recurrida, que conforme a la organización judicial española se corresponde con el siguiente cuadro:

Si la sentencia la dicta:	El recurso de apelación se resuelve por:
Juez de lo penal	Audiencia Provincial
Juez central de lo penal	Sala de lo Penal de Audiencia Nacional
Audiencia Provincial	Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia
Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional	Sala de Apelación de la Audiencia Nacional

1250. Concretamente son recurribles los autos de sobreseimiento libre dictados por el juez de instrucción o el juez central de instrucción en el procedimiento abreviado; los autos que ponen fin al proceso por considerarse que no concurre el presupuesto procesal de la jurisdicción o de la competencia o de sobreseimiento libre dictados por las audiencias provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional; y los autos dictados por el magistrado-presidente del Tribunal del Jurado que resuelven las cuestiones indicadas en el art. 36 de la Ley del Jurado y los previstos en el art. 676 Lecrim.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Si la sentencia la dicta:	El recurso de apelación se resuelve por:
Juez de Menores	Audiencia Provincial
Juez de Violencia sobre la Mujer	Juez de lo penal

b) Interposición del recurso

El recurso se interpone por escrito ante el órgano jurisdiccional que dictó la resolución recurrida dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia. Este escrito, firmado por abogado y procurador, deber indicar los motivos en que el recurso se funda, sin que sea válida para su admisión una referencia genérica a que la sentencia ha causado un gravamen. De hecho, si bien es cierto que la apelación no es un recurso cuyos motivos estén limitados, el art. 790. 2 Lecrim, indica los motivos que pueden ser alegados en su fundamentación, concretamente:

– *Quebrantamiento de normas y garantías procesales*. En este caso, si el recurrente pide la declaración de nulidad del juicio por habérsele causado indefensión,[1251] en términos tales que no pueda ser subsanada en la segunda instancia, se citarán las normas legales o constitucionales que se consideren infringidas y se expresarán las razones de la indefensión. Igualmente, deberá acreditarse que se ha pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, salvo en el caso de que se hubieren cometido en momento en el que fuere ya imposible la reclamación.
– *Error en la apreciación de la prueba*. Si la acusación alega error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada.
– *Infracción de normas del ordenamiento jurídico*, de carácter sustantivo.

c) Admisión del recurso

El juez o tribunal que dictó la resolución recurrida, recibido el recurso, lo admitirá cuando reúna los requisitos legalmente exigidos. Si el escrito presentara defectos subsanables, se concederá un plazo no mayor a tres días para su subsanación. De no ser subsanables o no subsanarse en el plazo otorgado, se procederá a inadmitir el recurso de apelación. El auto por el que no se admite el

1251. Indefensión que debe ser real y efectiva con consecuencias en el resultado del pleito.

recurso de apelación es recurrible en queja ante el tribunal superior, competente para conocer, en su caso, el recurso de apelación.

Si admite el recurso, el LAJ da traslado del escrito a las demás partes, para que –si así lo estiman oportuno– presenten, en un plazo de diez días, sus alegaciones y soliciten las prueba que consideren. Transcurrido el plazo, el LAJ traslada cada escrito al resto de partes.

d) Tramitación del recurso ante el tribunal competente

El recurso, en principio, se tramita por escrito, si bien se prevé que pueda celebrarse una vista, cuando el tribunal haya admitido la práctica de prueba o la reproducción de prueba grabada, o cuando lo estime pertinente para formar su convicción. A la vista se citará a la víctima, aun cuando no sea parte, y comenzará con la práctica de la prueba o reproducción de la grabada, seguida de los informes orales de las partes. El tribunal dictará sentencia dentro de los cinco días siguientes.

De no celebrarse la vista, el tribunal dictará sentencia en el plazo de diez días desde la recepción de las actuaciones.

e) Prueba y apelación

El modelo de apelación limitada por el que ha optado el legislador español supone también limitaciones en materia de prueba, pues el órgano que debe resolver la apelación debe hacerlo con las mismas pruebas de que se dispuso en la primera instancia. Dicho esto, lo cierto es que sí hay una posibilidad, excepcional, de proponer y practicar prueba en segunda instancia.

Esta excepcional práctica de prueba se instará en el escrito de formalización del recurso siempre y cuando:

– se trate de pruebas que no pudieron proponerse en la primera instancia, es decir, pruebas nuevas o de nueva noticia;
– se trate de pruebas que se propusieron en primera instancia, en tiempo y forma, y cuya práctica se denegó indebidamente (siendo necesario haber presentado la propuesta correspondiente).
– se trate de pruebas que, propuestas en tiempo y forma, y admitidas por el tribunal, no se pudieron practicar efectivamente por causas no imputables a quien las propuso.

f) La sentencia de apelación

El contenido de la sentencia depende, obviamente, de los motivos alegados en la formalización del recurso, así:

– de estimarse el *quebrantamiento de las formas esenciales del procedimiento*, se anulará la sentencia de primera instancia y –sin entrar en el fondo– se ordenará que las actuaciones se retrotraigan al momento anterior a la infracción para «repetir el procedimiento»;[1252]
– si el motivo estimado es la *infracción de la norma material*, el tribunal revoca la sentencia de primera instancia y dicta sentencia sobre el fondo;
– si se estima el error en la apreciación de la prueba alegada por el acusado, se revoca la sentencia de primera instancia, dictado sentencia favorable.

Si se estima *error en la apreciación de la prueba* alegada por la acusación contra sentencia absolutoria o condenatoria que solicita el agravamiento de la dictada en primera instancia, el tribunal revocará la sentencia de primera instancia y devolverá las actuaciones al órgano que dictó la resolución. En este caso, el órgano competente no puede dictar la sentencia condenatoria o agravar la condena, dado el carácter limitado de la apelación.

1252. Debe aquí tenerse en cuenta que el principio de conservación de las actuaciones judiciales permite mantener la validez de las actuaciones que no se verían alteradas en su contenido y resultado (art. 792.3).

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Capítulo 36. Casación

I. FUNDAMENTOS

1. Principio general

(1) La casación no conduce a un nuevo juicio sobre el asunto ante el tribunal de casación. Es un recurso de puro derecho. Con la casación procesal, el recurrente puede argüir que el procedimiento ante el tribunal de juicio oral ha sido defectuoso; y con la casación sustantiva, que el derecho material no ha sido aplicado correctamente en la sentencia. No puede (en principio) cuestionar los hechos establecidos por el tribunal de juicio. El juez de la instancia es libre en la valoración de las pruebas. Queda dentro de sus facultades y de su responsabilidad esclarecer correctamente las circunstancias de hecho. El juez de casación no debe intervenir en esa libertad. Este modelo legal del recurso de casación, entretanto, se ha modificado (cf. *infra* nm. 6). El tribunal de casación se circunscribe al examen de los errores de derecho. Se ocupa únicamente de la «cuestión de Derecho» y deja la «cuestión de hecho» al juez de la instancia. Este control jurídico solo puede conducir a que se invalide total o parcialmente la sentencia impugnada, y a que el asunto se reenvíe a la instancia de hecho para que se realice un juicio completamente nuevo o limitado a determinados puntos. Ante el tribunal de casación no hay un procedimiento probatorio sobre la cuestión de la culpabilidad o de la pena. No decide por sí mismo acerca del asunto (excepciones, *infra* nm. 48 ss.). Dentro de la responsabilidad del tribunal de casación solo tiene cabida aquello que él puede proporcionar teniendo en cuenta el carácter de este recurso. Ello tiene consecuencias para la cuestión de los fines a los que sirve la casación.

2. Los fines

a) Justicia del caso concreto

(2) Los recursos otorgan protección jurídica al afectado. La casación también sirve a su interés en una decisión justa. Sin embargo, aquello solo puede perseguirse dentro de los estrechos márgenes que traza el procedimiento de casación.

Solamente puede esperarse una «protección jurídica realista», toda vez que la responsabilidad por un resultado justo se encuentra dividida entre el tribunal de los hechos y el de casación.

b) Unidad del derecho

(3) La labor de procurar una aplicación igualitaria del derecho está preestablecida con la limitación de la casación a las cuestiones jurídicas. Las normas de derecho procesal deben aplicarse de manera uniforme, y el derecho material debe interpretarse en todas partes por igual. La autoridad de una sentencia de casación surte efecto más allá del caso concreto. Además, el *BGH* tiene la tarea de armonizar la jurisprudencia de los Tribunales Superiores Estaduales (§ 121, inc. 2.° GVG) y la de los Senados del BGH (§§ 132 ss. GVG).

(4) *c) Desarrollo del derecho*

Bajo los límites trazados por el derecho penal (prohibición de la analogía, prohibición de la aplicación retroactiva), el BGH se ocupa del desarrollo del derecho en cuestiones fundamentales (cf. § 132, inc. 4.° GVG).

(5) *d) La colisión y la combinación de los fines*

El encendido debate en torno a la teoría correcta de los fines de la casación,[1253] es apenas relevante en la práctica. Una decisión del tribunal de casación sirve al mismo tiempo a la justicia del caso concreto y a la seguridad jurídica. Considerada históricamente, en la casación sustantiva se ubicaba en primer plano el interés en proporcionar una aplicación homogénea del derecho material; y en la casación procesal, el afán de garantizar al recurrente un debido proceso y, de esta manera, abrir la chance de una sentencia que satisfaga todas las particularidades de su caso concreto. Los tribunales de casación, entretanto, han creado ellos mismos un instrumental que excede la estructura de la casación establecida en la ley, y que les permite controlar estrictamente al juez de los hechos (*infra* nm. 6). Así, resumidamente, puede decirse que los tribunales de casación ponen el acento en sí mismos y enfatizan el aspecto de la justicia individual más en un caso que en el otro. Sin embargo, ellos siempre actúan al mismo tiempo en el sentido de la uniformidad del derecho.[1254]

3. La casación «ampliada»

(6) La jurisprudencia ha ido más allá del principio general, y ha desarrollado reglas que permiten sobre todo el acceso a la valoración de la prueba.[1255] La valoración probatoria, si bien es libre, debe ser autosuficiente y completa; no puede permanecer oscura ni ostentar contradicciones o detenerse ante meras presunciones (cf. *supra* § 29 nm. 2 ss.). El fundamento objetivo del convencimiento

---

1253. Cf. Hamm/Pauly, nm. 1 ss.
1254. Sobre la discusión en torno al fin de la casación, cf. LR/Franke, comentario previo al § 333 nm. 7 y s.
1255. Fundamentalmente, Fezer (1974).

judicial debe ser comprensible. Cuando los fundamentos de la sentencia se corresponden con estas exigencias, el tribunal de casación examina si el derecho material se aplicó correctamente. Si el juez de los hechos no satisface esas exigencias, el tribunal de casación no puede evaluar si la subsunción fue correcta. Puede ser que el juez de los hechos haya trabajado cuidadosamente. Pero cuando la exposición en los fundamentos de la sentencia es defectuosa en el sentido mencionado, el tribunal de casación no puede estar seguro de si la base fáctica de la subsunción es sólida. Es decir, el derecho material (posiblemente) no está aplicado de forma correcta. Por eso se trata de una casación sustantiva. Toda vez que ella se sustenta en la exposición defectuosa en los fundamentos de la sentencia, se la llama *casación por vicio en la exposición*. De esta manera, aunque el principio de que el tribunal de casación se encuentra vinculado a los hechos establecidos en la sentencia impugnada y que, por ende, no puede conocer sobre cuestiones de hecho sigue vigente, se ha vuelto disponible. El tribunal de casación decide por sí mismo si quiere sujetarse a los hechos que fueron establecidos por la sentencia, y no necesitará hacerlo si aquellos están expuestos de forma deficiente.

II. MOTIVOS DE CASACIÓN

(7) «La casación solo puede fundarse en que la sentencia se sustenta en una violación de la ley» (así el tenor literal del § 337, inc. 1.°). La delimitación de la cuestión jurídica pasible de examen, de la cuestión fáctica que no es objeto de la casación (cf. *supra* nm. 1), es teóricamente compleja y discutible. A un resultado práctico suficientemente seguro se arriba aclarando en qué casos se viola una «ley».

1. Violación de la ley

(8) El núcleo del concepto «ley» es claro: toda norma jurídica (§ 337, inc. 2.°; § 7 EGStPO). Sin embargo, hay casos de normas jurídicas que se dejan de lado y que no se tratan como leyes en este sentido.

a) El derecho material

(9) Con la *casación sustantiva* se alega que la norma que debía ser aplicada a los hechos establecidos en la sentencia, no fue, o no fue correctamente aplicada; o que se ha recurrido a una regla que no es una norma jurídica.

Al derecho objetivo no pertenece solo el derecho penal material, sino también todo el resto del derecho alemán (derecho civil, derecho público, etc.), el derecho internacional (sus reglas generales, art. 25 GG), el derecho extranjero (cuando importa para cuestiones previas, p. ej., en el § 7 StGB), el derecho

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

europeo directamente aplicable y los tratados internacionales implementados a través de una ley formal.

(10) No son normas jurídicas las disposiciones administrativas,[1256] las reglas de servicio, las regulaciones para la prevención de accidentes[1257] o las condiciones mercantiles generales.

(11) Las *leyes del razonamiento* y los *juicios de la experiencia no* se consideran normas jurídicas, ni tampoco normas jurídicas «no escritas». Su violación, sin embargo, trae como consecuencia que la aplicación del derecho se vuelve incorrecta, y ello puede esgrimirse mediante la casación sustantiva.[1258]

(12) La regla *in dubio pro reo* puede entenderse en sus efectos de forma similar.[1259] Estructuralmente, se trata de una regla sobre la carga de la prueba (cf. *supra* § 18 nm. 18) y, en este sentido, de una norma de procedimiento. Pero su violación conduce a una aplicación incorrecta del derecho material, que para el castigo presupone la culpabilidad, y no solo una culpabilidad posible. Predominantemente, una violación del *in dubio pro reo* resulta siempre de los propios fundamentos de la sentencia, de forma tal que no sería apropiado sujetar su impugnación a las estrictas normas de forma y fundamentación previstas para la casación procesal (en detalle, *infra* nm. 23). Al tribunal de casación le basta con la casación sustantiva.

b) El derecho procesal

(13) La violación de una norma jurídica sobre el procedimiento se hace valer con la casación procesal. Para los presupuestos procesales rigen reglas especiales (*infra* nm. 14). En el gran ámbito restante de las disposiciones procesales referidas al procedimiento (cf. *supra* § 14 nm. 5), hay normas obligatorias («es», «debe»), normas discrecionales («puede», «tiene permitido») y normas de mero orden. Todas son normas jurídicas, y la ley (§ 337) no distingue entre ellas. No obstante, las normas de mero orden no son consideradas por la opinión mayoritaria como revisables por la vía de la casación.

> **Ejemplos:** § 57: omisión de instruir a los testigos;[1260] § 64: omisión de protocolización;[1261] § 109: omisión de identificar los objetos incautados; la omisión del § 251, inc. 1°: si, en su conjunto, al imputado le fue concedida una oportunidad de ser oído conforme a la ley.[1262]

No toda formalidad es una forma «protectora» del derecho procesal. Depende de si su violación afecta derechos del recurrente. Tal es el caso cuando la

---

1256. BGH, *NStZ* (1982), 321; discutido respecto de las normas que complementan las leyes en blanco: OLG Hamburg, *NStZ* (1984), 273.
1257. Discutido, v. *BayObLG*, MDR (1987), 80.
1258. Cf. LR/Franke, § 337 nm. 11.
1259. Discutido; cf. LR/Franke, § 337 nm. 14.
1260. BGH, *NStZ* (1983), 354.
1261. BGH, *NStZ* (1989), 128.
1262. BGH, MDR (1967), 175 (discutido).

ISBN: 978-84-18432-78-1

DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

infracción de normas de mero orden representa al mismo tiempo una desatención del deber de esclarecimiento.[1263] Este enfoque, referido al fin de protección, es superior al método consistente en relegar el problema a la cuestión referida al «nexo de afectación» (cf. *infra* nm. 17 ss.).

c) Presupuestos procesales

(14) Se examinan de oficio. El tribunal de casación investiga, cuando fue interpuesta una casación admisible, si el juez de los hechos ha pasado por alto o tratado erróneamente un impedimento procesal (sobre el impedimento que se suscita posteriormente, *infra* nm. 49). Aquel no está sujeto a los aspectos establecidos en la sentencia impugnada.[1264] Queda a criterio del tribunal determinar cómo se conduce con la prueba. De la misma manera en que, respecto de los impedimentos procesales, no es comprensible por qué razón se debe dispensar al juez de los hechos del procedimiento probatorio estricto, resulta igualmente evidente, por otro lado, que se pongan a disposición del tribunal de casación –que no lleva a cabo una recepción de pruebas como en un juzgamiento de instancia– las reglas del procedimiento probatorio libre.

d) Reglas jurídicas de la valoración probatoria

(15) El tribunal de casación nunca valora pruebas por sí mismo. Examina, empero, si el juez de los hechos ha observado los límites de su libertad en la valoración probatoria (cf. *supra* § 29 nm. 2 ss.). Cuando esto no es posible, porque el juez de los hechos no ha cumplido las exigencias en la exposición de la valoración probatoria, en eso mismo reside el error jurídico (casación sustantiva, en su variante de vicio en la exposición; cf. *supra*, nm. 6). Estas infracciones de derecho susceptibles de casación no se refieren a normas jurídicas establecidas legalmente, sino a reglas jurídicas que fueron creadas por los propios tribunales de casación («casación ampliada»).

(16) El tribunal de casación tampoco interviene en la responsabilidad del juez de los hechos, incluso allí donde aquel está en condiciones de evaluar por sí mismo los acontecimientos. Cuando la carta injuriante o el material pornográfico se encuentran en el expediente, la carta no se lee y el material no se inspecciona.[1265] El tribunal de casación controla únicamente si se aplicaron correctamente las reglas jurídicas de interpretación de explicaciones (etc.).[1266]

> **Ejemplo**: La cuestión de si la víctima fue «desfigurada de manera considerable y permanente» por la lesión corporal (§ 226, inc. 1.°, núm. 3) es una cuestión de hecho.

1263. Cf. LR/Franke, § 337 nm. 17 ss. (con referencias adicionales).
1264. *BGHSt* 5, 225; excepción: hechos doblemente relevantes, que tienen también importancia para la cuestión de la culpabilidad (BGH, MDR [1956], 272).
1265. *BGHSt* 29, 18, 22; KG*, JR* (1980), 291 (con nota de Volk).
1266. BGH, *NStZ* (1982), 27.

El tribunal de casación interviene solamente cuando el juez de los hechos ha ignorado este concepto jurídico, y se abstiene de un juicio propio incluso cuando se encuentra una foto en el expediente.

2. Nexo de afectación

(17) La ley exige causalidad entre la violación de la ley y la sentencia (§ 337, inc. 1.°). La sentencia, pues, debería haber resultado de otra forma en caso de una aplicación correcta del derecho. El recurrente, sin embargo, no está obligado a probar esto. En la mayoría de los casos tampoco podría hacerlo. Si, por ejemplo, se rechazó indebidamente un requerimiento de prueba, posiblemente se habría producido otro resultado, pero tal vez el mismo. Esto basta. Una sentencia, entonces, se basa ya en el error de derecho cuando no puede excluirse que ella, sin el error, habría resultado de otra forma.[1267] La «carga de la prueba» de que no puede existir conexión alguna pesa sobre el tribunal de casación.[1268]

a) Motivos de casación relativos, § 337

(18) Esta norma fundamental del derecho de casación regula el caso normal. El motivo de casación es relativo, porque debe existir una relación entre el error y la sentencia: el nexo de afectación.

b) Motivos de casación absolutos, § 338

(19) Frente a estos defectos procesales, se presume (se finge) legalmente que la sentencia se basa en ellos. El recurrente, por tanto, no precisa decir nada al respecto.

En lo demás, rigen los mismos requisitos que para otros defectos de casación procesal. El catálogo es taxativo.

Sinopsis 12: Motivos de casación absolutos, § 338

(20)- Núm. 1: asegura el derecho al juez natural.

– Núm. 2: cf. §§ 22; 23; 31, inc. 1.°; y 148a, inc. 2.°, 1.ª oración.
– Núm. 3: este cuestionamiento es, objetivamente, una queja inmediata (§ 28, inc. 2.°, 2.ª oración), respecto de la cual, por razones de conveniencia, decide el tribunal de casación, que aplica allí las reglas de una sentencia de queja (hay también un examen en el aspecto fáctico; cf. *infra* § 37 nm. 11).

1267. Jurisprudencia uniforme; *BGHSt* 1, 350; BGH, *NStZ* (1983), 135; *NStZ* (2018), 498, 490.
1268. Herdegen, *NStZ* (1990), 516.

- Núm. 4: concierne a la competencia territorial y material, así como a la competencia especial de los tribunales de igual jerarquía (§§ 74, inc. 2.°; 74a, c GVG); para la distribución de competencias conforme al plan de distribución de trabajo entre salas del mismo tribunal rige el núm. 1.
- Núm. 5: rige solo para la ausencia en una parte esencial del juicio oral; sobre los deberes de asistencia, *supra* § 20 nm. 3 ss.
- Núm. 6: solo aplicable ante la restricción ilegal de la publicidad, no ante la errónea ampliación, que solo puede cuestionarse según el § 337. El BGH, además, exige culpa del tribunal.
- Núm. 7: si faltan los fundamentos, prospera ya la casación sustantiva general. Otra cosa ocurre en caso de sentencias procesales según los §§ 329, inc. 1.° y 412.
- Núm. 8: la restricción de la defensa debe haberse suscitado por un auto del tribunal (p. ej., § 238, inc. 2.°), y debe haber afectado un punto esencial en el cual pudo haberse basado la sentencia, de acuerdo con un análisis concreto. De esta manera, la jurisprudencia no trata este motivo de casación como «absoluto».

3. Casación sustantiva

(21) Una casación, para ser admisible, debe estar fundada, y en la fundamentación debe indicarse si se deduce una casación sustantiva o una procesal (§ 344, inc. 2.°, 1.ª oración). La casación sustantiva no precisa una fundamentación más amplia. «Se cuestiona la violación del derecho objetivo»; eso basta. El tribunal de casación lee la sentencia y examina si existen errores de derecho (*supra* nm. 9 ss. y 14 ss.). El nexo de afectación resulta de la propia sentencia. A los fines de este examen, no se utiliza el expediente, el cual no puede ser abierto.[1269] El error de derecho solo puede surgir de la propia sentencia; no, por ejemplo, de una comparación entre la sentencia y el expediente. El simple planteo de una «contradicción con el expediente», por tanto, no es auspicioso. Otra cosa, sin embargo, es que la contradicción surja de los propios fundamentos de la sentencia. [1270]

(22) Aquí, sin embargo, se presenta un caso especial.

Caso: En el expediente se encuentra un escrito, cuyo contenido está en contradicción con las declaraciones testimoniales a las que el tribunal ha dado crédito. ¿Qué error pudo haber cometido el tribunal?

El tribunal, o bien no ha intentado suprimir esta contradicción en el juicio oral y, de esta forma, ha lesionado su deber de esclarecimiento, o bien ha emprendido este intento, pero ha omitido realizar la valoración probatoria completa, es decir,

1269. *BGHSt* 35, 238, 241.
1270. Cf. BGH, *NStZ* (2008), 705.

exponerla íntegramente en los fundamentos de la sentencia. Una tercera opción no es posible.[1271]

4. Casación procesal

a) Fundamentación

(23) El derecho procesal ha sido violado cuando una acción prescrita legalmente no ha sido realizada, o ha sido realizada defectuosamente, o cuando la acción era lisa y llanamente inadmisible.[1272] No existe una «casación procesal» genérica. Ella obligaría al tribunal de casación a reconstruir todo el procedimiento. Esto no es posible ni razonablente exigible. El recurrente, por consiguiente, debe indicar su impugnación procesal de modo preciso, y probarla con hechos (§ 344, inc. 2.°, 2.ª oración).[1273]

> **Ejemplo**: El planteo de que un requerimiento de prueba ha sido rechazado injustamente debe reproducir, sin ninguna remisión al expediente: el requerimiento, la resolución desestimatoria del tribunal y los motivos por los cuales esta fue errónea.

Una casación procesal debe presentarse así sustancial y «concluyentemente», de forma tal que el tribunal de casación, con la sola fundamentación, pueda concluir lo siguiente: «si lo que expone el recurrente es correcto, entonces tiene razón».

Quien afirma que el defecto procesal consiste en la violación del deber de esclarecimiento de los hechos (§ 244, inc. 2.°; *planteo de esclarecimiento*) debe indicar, consiguientemente, qué medio de prueba era conocido o evidente, qué circunstancia concreta se habría podido aclarar con él, y por qué ello habría tenido relevancia para la cuestión de la culpabilidad o de la pena.[1274]

De una casación procesal formalmente correcta, a veces, también forma parte la exposición de «hechos negativos». Quien afirma que se ha valorado el contenido de un documento no leído, debe acreditar al mismo tiempo que el contenido del documento no ha sido introducido al debate oral mediante otra forma procesalmente correcta (p. ej., en el marco de un interrogatorio).[1275]

b) Prueba

(24) Una casación procesal solo prospera cuando están probados los hechos que dan por resultado la deficiencia procesal. La prueba puede realizarse a través

1271. *Ziegert*, *StV* (1996), 279; *BGHSt* 43, 212; KK-StPO/Gericke, § 337 nm. 26a.
1272. BGH, MDR (1981), 157; LR/Franke, § 337 nm. 67 ss.
1273. BGH, *StV* (1996), 530.
1274. *Ziegert*, Grundlagen der Strafverteidung, 415 ss., llama a esto una determinación alternativa. En contra BGH, *NStZ*, 115.
1275. Jurisprudencia uniforme del BGH, confirmada por el BVerfG (*NStZ* [2005], 522 ss.).

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

del registro de las actuaciones (§§ 273 y 274), del contenido de la sentencia, o mediante investigaciones conducidas según el procedimiento de prueba libre. El planteo de que algo está o no está contenido en el registro de actuaciones –«impugnación del acta»–, no tiene perspectivas de éxito porque la sentencia no puede basarse en un acta. El acta solo puede probar, pero no constituir un defecto.

(25) Cuando no se puede aclarar si se ha producido un defecto procesal, rige una presunción a favor del proceder regular del juez, y no el *in dubio pro reo*.[1276]

> **Ejemplo**: Se leyó el acta de un interrogatorio, en el que posiblemente se infringió el § 136a. El acontecimiento, sin embargo, no puede aclararse.

El ejemplo muestra que la validez del *in dubio pro reo* se niega con demasiado rigor. Si las dudas afectan un principio procesal esencial, y la razón de que ellas no puedan despejarse reside en la esfera de responsabilidad de la Administración de Justicia, aquellas deben derivar en la revocación de la sentencia.[1277]

c) *Pérdida de los reclamos procesales*

La pérdida de los reclamos procesales puede ocurrir por el transcurso del tiempo, renuncia, falta de objeción o caducidad. El problema es complicado y discutido.

(26) *Transcurso del tiempo*: algunos reclamos procesales se pierden si no se hicieron valer oportunamente excepciones en el proceso (§§ 6a, 3.ª oración; 16, 2.ª oración; 25; 217, inc. 2.°; 218, 2.ª oración; 222b, inc. 1.°, 1.ª oración; y 246, inc. 2.°).

(27) *Renuncia*: la renuncia al cumplimiento de una norma procesal, declarada por el juez de los hechos, excluye que pueda alegarse una infracción. La mayoría de las normas procesales, sin embargo, en su carácter de manifestaciones del principio del Estado de derecho, no están a disposición de los intervinientes en el proceso y son por ello irrenunciables. Luego, solo restan pocos casos: información sobre recursos (§ 35a), comunicación del escrito de acusación (§ 201), citaciones (§§ 216 y 218), notificación (§ 224), renuncia a la última palabra (§ 258, inc. 3.°). La renuncia presupone el conocimiento del derecho. El silencio del acusado desprovisto de defensa, por tanto, no puede tenerse por una renuncia.

(28) *Falta de objeción*: la casación no se puede sustentar en una disposición errónea del presidente si no se la ha objetado y no se ha instado a una decisión del tribunal (§ 238, inc. 2.°; cf. también § 338, núm. 8). El acusado que no cuenta con defensor no precisa saber que existe ese medio de impugnación intermedio.

1276. *BGHSt* 16, 164, 167; cf. *supra* § 18 nm. 22.
1277. Sobre este postulado, LR/Franke, § 337 nm. 51 (con referencias adicionales).

ISBN: 978-84-18432-78-1

DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

(29) *Caducidad*: la responsabilidad por el desarrollo regular del proceso reside solamente en el tribunal, no en los intervinientes en el proceso.[1278] Si un interviniente viola la buena fe, esto no significa nada porque el tribunal no tiene permitido confiar en su cooperación leal. A lo sumo, la cuestión de la extinción podría suscitarse ante la conducta maliciosa.

> **Ejemplo**: En un momento importante, el defensor abandona durante un par de minutos el juicio oral ante la Gran Cámara Penal; especula con que el juicio continuará y con que no se subsanará esa infracción (mediante la reiteración de la parte pertinente de la audiencia); y procura sustentar posteriormente la casación en ello (§§ 338, núm. 5; 140). Si hace eso, no se le puede oponer que ha provocado maliciosamente la impugnación procesal, y que ha caducado el derecho en el que funda la infracción. La norma violada es demasiado importante para eso.[1279] Además, la malicia del defensor no puede imputarse y cargarse al acusado.[1280]

La pérdida del reclamo procesal producto de la caducidad solo es concebible ante normas renunciables, donde ya opera por regla ese motivo de exclusión, de forma tal que la caducidad, en definitiva, es irrelevante.[1281]

III. ADMISIBILIDAD

1. Procedencia; §§ 333 y 335

(30) *a*) La casación procede contra sentencias de las cámaras penales (§ 333). Si una Gran Cámara Penal resolvió en primera instancia, la casación va al Tribunal Supremo Federal (§ 135, inc. 1.° GVG; a menos que solo esté comprometido el derecho estadual: cf. *supra* § 5 nm. 18). Lo mismo vale para sentencias en primera instancia del Tribunal Superior Estadual (cf. § 120 GVG). Si se impugna la sentencia de apelación de una Pequeña Cámara Penal, decide sobre la casación el Tribunal Superior Estadual (§ 121, inc. 1°, núm. 1 GVG).

(31) *b*) Las sentencias del Tribunal Municipal pueden impugnarse a través de la casación sin que se interponga antes apelación (casación *per saltum*, § 335, inc. 1.°). Sobre ella decide el Tribunal Superior Estadual (§ 335, inc. 2.°).

2. Forma y plazo de la interposición, § 341

(32) La casación debe interponerse ante el tribunal cuya sentencia se impugna, dentro de la semana posterior al pronunciamiento de la sentencia, por escrito o mediante protocolización de la oficina judicial (inc. 1.°; en caso de pronunciamiento de la sentencia en ausencia, el plazo semanal corre desde la notificación [inc. 2.°];

1278. Claramente, Dahs, *NStZ* (2007), 241.
1279. *BGHSt* 15, 306, 308. De otro modo: BGH, *NStZ* (1997), 451; (1998), 209.
1280. *BGHSt* 24, 280, 283.
1281. Discutido; cf. Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 337 nm. 47. Sobre un caso configurado de modo particular, v. BGH, *NStZ* (2005), 646 ss.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

respecto de la secretaría para acusados detenidos, cf. § 299).[1282] La interposición dentro del plazo desencadena el efecto suspensivo (§ 343, inc. 1.°).

3. Requerimientos de casación; § 344, inc. 1.°

(33) El tribunal de casación examina la sentencia, solo en la medida en que ella ha sido impugnada (§ 352, inc. 1.°). El recurrente, como parte de la fundamentación de la casación, debe efectuar un requerimiento del que surja si impugna toda la sentencia o limita su casación a partes de ella (al respecto, *supra* § 34 nm. 16 ss.). Además, debe especificar con qué extensión debe revocarse la sentencia (al respecto, *infra* nm. 46).

4. Fundamentación, § 344

(34) Estos requerimientos deben estar fundados. Si el recurrente invoca un error en la aplicación del derecho material, basta con la casación sustantiva genérica (cf. *supra* nm. 21). Si funda su casación en un defecto procesal, debe indicar los hechos en los cuales se sustenta la impugnación procesal (cf. *supra* nm. 23).

5. Escrito de fundamentación, § 345

(35) Los requerimientos y su fundamentación deben efectuarse por escrito. Los tribunales de casación deben protegerse de los escritos sin fundamentos, incomprensibles o poco profesionales, que aumentan su carga de trabajo. Por ello, el escrito de casación debe estar firmado por un defensor o un abogado, que haga suyo el contenido,[1283] o ser incorporado por los funcionarios de la oficina judicial a cargo de la protocolización (inc. 2.°). Para la fundamentación se cuenta con un mes de tiempo. El plazo comienza con el transcurso del término semanal para la interposición; en caso de una notificación posterior (supuesto habitual), recién desde entonces (inc. 1.°, 1.ª y 2.ª oración).

IV. PROCEDIMIENTO Y DECISIONES

1. Examen previo por el tribunal de los hechos, § 346

(36) El tribunal cuya sentencia se impugna rechazará la casación por inadmisible mediante un auto, cuando ella fue interpuesta o fundada extemporáneamente

1282. Como se señaló anteriormente, a partir del 1.° de enero de 2022 se encuentra prevista la remisión electrónica para la interposición a través de un defensor (§ 32d, 2.ª oración).
1283. *Así, la jurisprudencia, cf. BVerfG,* NJW *(2016), 1570.*

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

(§§ 341 y 345). Si el juez de los hechos descubre que había pasado por alto un impedimento procesal, no tiene permitido sobreseer (porque, de esta forma, revisaría su sentencia, algo que no le compete).[1284] Si advierte que se ha producido un impedimento procesal después del dictado de la sentencia, se procede según el § 206a.

Si la casación interpuesta tardíamente está vinculada con un requerimiento de restitución al *statu quo* anterior, el juez de los hechos no puede rechazarla (cf. § 46, inc. 1.°).

(37) El auto que la rechaza –según el § 346, inc. 1.°– carece de importancia para la cosa juzgada de la sentencia impugnada. Si la casación fue interpuesta tardíamente, la sentencia ha adquirido sin más la calidad de cosa juzgada (§ 343, inc. 1.°). En caso contrario, la cosa juzgada se produce recién cuando no se utiliza el plazo del § 346, inc. 2.°, 2.ª oración; o cuando decide el tribunal de casación.

Frente a la casación interpuesta en tiempo y forma, el juez de los hechos (el presidente del tribunal) notifica el escrito de casación al «adversario», aguarda la réplica de la «otra parte» o el plazo previsto para ello, y hace entregar el expediente al tribunal de casación por intermedio de la Fiscalía (§ 347).

2. Resoluciones interlocutorias del tribunal de casación, § 349

a) Casación inadmisible, inc. 1.°

(38) El tribunal de casación examina una vez más el plazo y la forma, y por primera vez los demás presupuestos de admisibilidad (agravio). La casación se rechaza también por inadmisible, cuando no se observan las normas sobre «presentación de requerimientos de casación» (p. ej., ante un reclamo puramente referido al acta; cf. *supra* nm. 24). Esto puede efectuarse mediante un auto (inc. 1.°) o una sentencia (inc. 5.°).

b) La casación manifiestamente infundada; inc. 2.° y 3.°

(39) Los tribunales de casación no deben realizar una vista principal en cada caso, sino que pueden resolver rápidamente casaciones sin chances de éxito. Por pedido de la Fiscalía ante el tribunal de casación, una casación puede rechazarse por auto interlocutorio como manifiestamente infundada, cuando todos los jueces de casación estén de acuerdo (un destino que le espera a una clara mayoría[1285] de todas las casaciones interpuestas).[1286] Manifiestamente no quiere decir

1284. *BHGSt* 22, 213, 216.
1285. En el año 2020 se tramitaron 3,104 casaciones, de las cuales 2,072 terminaron por auto interlocutorio según el § 349 inc. 2.°, es decir, cerca de dos tercios. Sobre la estadística cf. también Hamm/Pauly, nm. 1715 con referencias adicionales.
1286. Sobre la falta de objeciones constitucionales contra la decisión denegatoria y su conformidad con el CEDH cf. BverfG, *NJW* (2014), 2563 y TJUE, *JR* (2015), 95.

a primera vista, sino de manera unívoca. En tales casos no es necesaria una vista principal.

c) La casación fundada, inc. 4.°

(40) Lo mismo vale para el caso de una casación claramente fundada que ha sido interpuesta a favor del acusado. Aquí ya no interesa, según el texto de la disposición, que la casación esté fundada «manifiestamente». Tampoco se precisa de un pedido de la Fiscalía. El criterio decisivo es la conformidad de todos los jueces de la sala. En caso de impedimentos procesales que el juez de los hechos había pasado por alto, debe procederse de conformidad con el § 349, inc. 4.°, y no según el § 206a.[1287]

3. La vista principal, §§ 350 y 351

(41) En su defecto, el tribunal de casación decide mediante sentencia (§ 349, inc. 5.°) derivada de una audiencia. Esta consiste en exposiciones de derecho (cf. §§ 350 y 351). No hay normas sobre recepción de la prueba (prueba libre). Solo se precisa de prueba para las circunstancias que puedan tener importancia para los presupuestos procesales o los reclamos procesales. También en el ámbito de la casación sustantiva se pueden presentar pruebas sobre máximas de la experiencia o de derecho extranjero. Una vez más: no es posible la recepción de pruebas relativas a los hechos.

(42) La audiencia se circunscribe a los puntos que el tribunal de casación tiene que examinar (§ 352, inc. 1.°). Esto depende de qué requerimientos de casación se han efectuado (*supra* nm. 33). El tribunal de casación no debe decidir sobre todos los puntos planteados. Si un planteo procesal prospera, no se necesita examinar los demás; si la sentencia debe revocarse en su totalidad con las comprobaciones fácticas producto de la casación sustantiva (§ 353), los reclamos procesales pueden quedar sin resolver.[1288] También es factible un sobreseimiento según el § 153 y § 153a.

4. Casación infundada

(43) La casación se rechaza por infundada, cuando el examen jurídico ha revelado que el juez de los hechos no ha ignorado un impedimento procesal, ni ha cometido un error de derecho procesal o sustancial. Lo mismo se dispone cuando la sentencia no se basa en un error. Esta decisión ante la casación infundada no está regulada legalmente.

1287. Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 349 nm. 29a.
1288. *BGHSt* 17, 253.

5. Casación fundada, §§ 353 y 354

(44) Si, y en la medida en que la casación está fundada, se invalida la sentencia impugnada (§ 353, inc. 1.°; *infra* nm. 45). Pero esto afecta solamente a la parte dispositiva de la sentencia. Los aspectos establecidos por la sentencia impugnada no quedan automáticamente comprendidos, y solo se invalidan si, y en la medida en que, están contaminadas por el error de derecho (§ 353, inc. 2.°; *infra* nm. 46). En la mayoría de los casos, el asunto se reenvía al tribunal de los hechos (§ 354, inc. 2.°; *infra* nm. 47). Excepcionalmente, el propio tribunal de casación puede decidir el asunto (§ 354, inc. 1.°; *infra* nm. 48 ss.).

a) Invalidación de la sentencia impugnada; § 353, inc. 1.°

(45) La sentencia se invalida solo parcialmente cuando:

– el recurrente ha limitado su casación eficazmente (p. ej., a la cuestión de la pena),
– la casación está fundada solo parcialmente.

Ejemplo: La sentencia fue impugnada en su totalidad. El *BGH* considera ahora defectuosa solamente la cuantificación de la pena; invalida la sentencia en este aspecto y rechaza la casación por infundada en los demás. De esta forma, la decisión de culpabilidad adquiere la calidad de cosa juzgada.

b) Invalidación de los aspectos establecidos en la sentencia; § 353, inc. 2.°

(46) Los defectos procesales del juez de los hechos afectan (mayormente) todos los puntos establecidos.

Ejemplo: Un requerimiento de prueba, relativo al interrogatorio de un testigo-coartada, se rechaza injustamente.

Por ello queda afectado todo el edificio probatorio; todas las comprobaciones son invalidadas. Una casación sustantiva exitosa no tiene siempre ese efecto. Las comprobaciones sobre el aspecto externo del hecho se mantienen cuando el error afecta el aspecto interno del hecho.

Ejemplo: El juez de los hechos ha omitido examinar la imputabilidad (§ 20 StGB),[1289] ha ignorado el concepto jurídico del dolo eventual[1290] y ha valorado erróneamente los motivos bajos.[1291]

1289. *BGHSt* 14, 30, 34.
1290. BGH, *StV* (1983), 360.
1291. BGH, *GA* (1980), 24.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Las comprobaciones fácticas no desencadenan el efecto de cosa juzgada (cf. *supra* § 34 nm. 21). Sin embargo, el juez de los hechos que debe decidir nuevamente el asunto, desde un punto de vista procesal interno, está sujeto a las comprobaciones que se han confirmado.[1292]

c) Reenvío; § 354, inc. 2.° y 3.°

(47) El asunto se remite a otro departamento o cámara del tribunal cuya sentencia fue invalidada. Otro «departamento» del Tribunal Municipal es un departamento integrado del mismo modo, es decir, el juez penal o el Tribunal de Escabinos. Si se invalida la sentencia de una Cámara en lo Penal Económico, el BGH reenviará el asunto a otra Cámara en lo Penal Económico (que no puede designar).

d) La propia decisión del asunto por el tribunal de casación; § 354, inc. 1.º

(48) Esta disposición abre solo pocas posibilidades al tribunal de casación para decidir el asunto por sí mismo. No obstante, ella se aplica muchas veces en el marco del desarrollo judicial del derecho. Una decisión propia del caso está siempre excluida cuando la casación prospera en razón de un defecto procesal y los aspectos que habían sido establecidos por la sentencia casada no quedan en pie. Ella entra en consideración, por tanto, solo ante errores de subsunción, y también cuando debe pronunciarse un sobreseimiento porque se pasó por alto un impedimento procesal.

(49) El tratamiento de los *impedimentos procesales* es discutido. Si se interpone una casación admisible, el tribunal de casación puede examinar si el juez de los hechos ha desatendido un impedimento procesal y, por tanto, ha decidido erróneamente. Puede invalidar la sentencia impugnada y sobreseer el proceso (§ 354, inc. 1.°). Una casación inadmisible no habilita esta facultad de examen, de forma tal que tampoco se puede proceder según el § 206a.[1293] Esta disposición regula solamente el caso de un impedimento procesal ocurrido después de la primera sentencia.[1294]

(50) El tribunal de casación dicta por sí mismo una *absolución*, cuando los puntos establecidos por la sentencia impugnada están libres de errores y puede descartarse que un nuevo juicio oral conduciría a nuevos conocimientos.[1295]

1292. *BGHSt* 30, 340.

1293. De otra opinión: *BGHSt* 16, 115, 117; 24, 208, 212; 32, 275, 290. Recientemente OLG Hamburg, *StraFo* (2019), 160, 161 (falta de apertura de juicio oral); crítico al respecto, *Meyer-Goßner/Schmitt* (2021), § 206a nm. 6a: Jurisprudencia: «con ello se generan confusiones en el sistema de recursos de la StPO».

1294. Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 206a nm. 6.

1295. BGH, *NJW* (1993), 2451.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

(51) La única *pena absolutamente determinada* es la pena privativa de libertad perpetua.[1296] En una aplicación analógica de esta formulación, el tribunal de casación decide por sí mismo cuando, de acuerdo con la situación procesal, no exista margen de discrecionalidad sobre el tipo y el monto de la consecuencia jurídica.[1297]

(52) Si la Fiscalía está de acuerdo, también puede imponer *la pena mínima legal*, prescindir de la pena (§ 354, inc. 1.°) o rebajar adecuadamente la consecuencia jurídica (inc. 1.°a, 2.ª oración, introducido por la primera JuMoG). El tribunal de casación, además, adopta por sí mismo una decisión cuando ante una casación fundada respecto de la medida de la pena, no invalida la sentencia (defectuosa),[1298] porque considera *adecuada* la consecuencia jurídica impuesta según criterios propios (inc. 1.°a, 1.ª oración). El legislador de la reforma quiso ahorrar recursos, acelerar el proceso y evitar reenvíos por aquellos defectos que «pueden subsanarse […] sin dificultad en el marco de la casación».[1299] A partir de este «sentido y fin», el BGH ha concluido que el § 354, inc. 1.°a –y b, por analogía (!)– comprende también los casos en los que existe un error sobre la culpabilidad relevante para la medición de la pena, «cuando ya no sea necesario un nuevo juicio oral acerca de la cuestión de la culpabilidad».[1300] La disposición es revolucionaria, porque permite realizar una medición de la pena de acuerdo con la situación del expediente, y concede al tribunal de casación las competencias del juez de los hechos, aunque no sus posibilidades. Ella solo es conciliable con el derecho fundamental al proceso leal si se la interpreta según la Constitución, y se concede al acusado la oportunidad de manifestarse (procedimiento de audiencia).[1301]

(53) Por razones de simplificación procesal, por aplicación analógica del § 354, inc. 1.°, se admite también una *corrección del fallo de culpabilidad*.[1302] Frente a una casación sustantiva exitosa, y comprobaciones completas y sólidas que no podrían efectuarse de forma distinta en un nuevo juicio, puede, por ejemplo, modificarse la disposición aplicable (p. ej., el § 255 StGB en lugar del § 249); o suprimirse la condena por el delito desplazado en caso de concurso de leyes (siempre bajo el presupuesto de que se descarte la influencia sobre la medición de la pena).

(54) Dentro de límites muy estrechos, también es admisible la *rectificación de la decisión sobre la consecuencia jurídica*.[1303]

1296. Cf., no obstante, *BGHStGrS* 30, 105 (sobre la atenuación supralegal de la pena en caso de alevosía).
1297. BGH, *NStZ* (1992), 78 y 297; pena de ejecución condicional: BGH, *StV* (1996), 265, 266.
1298. Ejemplo: el juez de los hechos se ha tomado erróneamente como pauta de compensación la excesiva duración del proceso o la prisión preventiva; BGH, *NStZ* (2005), 445.
1299. *BT-Drs.* 15/3482, 60. Cf. Knauer/Wolf, *NJW* (2004), 2932, 2936.
1300. BGH, *NStZ* (2005), 284 y 285. En el caso concreto (*cit.*, 285) esto puede haber sido plausible (sobre 140 casos de abuso sexual, algunos estaban prescritos; en otros, estaban mal determinados los concursos).
1301. BVerfG, *NStZ* (2007), 598.
1302. *BGHSt* 32, 357, 361; BGH, *NStZ* (1985), 454; *NJW* (1993), 2188. En detalle, Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 354 nm. 12 ss.
1303. En detalle, Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 354 nm. 24 ss.

6. Violación del derecho a ser oído conforme a la ley, § 356a

(54a) La impugnación basada en el «derecho a ser oído» puede formularse cuando no se ha concedido audiencia en el propio procedimiento de casación. A diferencia del § 33 –válido subsidiariamente– (cf. *supra* § 9 nm. 30), presupone un requerimiento sujeto a forma y plazo,[1304] y que debe efectuarse fundada y convincentemente.

7. Extensión de la casación a los coacusados, § 357

a) Fin

(55) Si solo uno de varios acusados ha interpuesto casación y el tribunal de casación invalida la sentencia en razón de un error de derecho material, la condena de los otros no puede mantenerse. La discrepancia sería injusta. De ahí que, «debe entenderse como si ellos también hubieran interpuesto casación» (texto del § 357). La cosa juzgada ya sobrevenida se quiebra. Esto sucede «más allá de la cabeza del coautor»,[1305] sea que él lo quiera o no, sea que esté conforme con su sentencia, que repare en las molestias de un nuevo proceso y que tema (por lo general, acertadamente) que este no conducirá a un mejor resultado.

b) Presupuestos

(56) La invalidación se extiende a los acusados que no han interpuesto casación, y a los que, si bien la interpusieron, no la fundaron en tiempo y forma, o solo han formulado impugnaciones procesales. La sentencia debe invalidarse por un error en la aplicación del derecho material, o por un impedimento procesal omitido que también sea relevante para el coacusado (p. ej., prescripción).[1306]

(57) Debe tratarse del mismo hecho (§ 264) y de la misma sentencia.

> **Ejemplo**: El Tribunal Municipal ha condenado a los dos acusados. Uno de ellos había interpuesto apelación, que fue rechazada por infundada. Contra esto, interpuso con éxito recurso de casación. La decisión del tribunal de casación no se extiende a la sentencia del Tribunal Municipal contra los otros acusados.

El motivo de casación debe ser común, es decir, debe estar constituido de tal manera que habría conducido a la invalidación de la sentencia contra el otro, si este hubiera interpuesto un recurso de casación.

1304. Cf. BGH, *NStZ* (2005), 462.
1305. *BGHSt* 20, 77, 80.
1306. Cf. *BGHSt* 10, 137, 141; BGH, *NStZ* (1987), 239.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Casos y preguntas

235. ¿Cuándo es procedente una casación?
236. ¿Qué plazo rige para la interposición de la casación?
237. ¿Qué plazo rige para la fundamentación de la casación?
238. ¿Puede interponerse otra vez válidamente una casación desistida?
239. ¿Qué debe incluirse en la fundamentación de la casación?
240. ¿Qué se plantea con la casación procesal y qué con la casación sustantiva?
241. ¿Qué clases de motivos de casación existen?
242. ¿Qué posibilidades de decisión tiene el tribunal de casación?

Comentarios desde la perspectiva española

I. CONSIDERACIONES GENERALES Y FINALIDAD

El recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario, es decir, los motivos que permiten la interposición del recurso están legalmente determinados, como también lo están las resoluciones recurribles. Sin entrar en consideraciones sobre el origen del recurso de casación español, sí es importante indicar que actualmente este recurso permite revisar tanto errores de carácter procesal como de carácter sustantivo y constitucional, como veremos al indicar los motivos del recurso, por lo que la finalidad del mismo es corregir estos errores, bien dictando una resolución sobre el fondo del asunto, bien remitiendo las actuaciones para su reiteración en la instancia que corresponda.

Se trata de un recurso de carácter devolutivo, cuya competencia corresponde a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, cuyo ámbito de conocimiento se ve limitado por los propios motivos restringidos que lo fundamentan y las alegaciones de las partes.

Este recurso produce efecto suspensivo cuando la sentencia recurrida es condenatoria.

II. LEGITIMACIÓN

La legitimación para interponer el recurso de casación corresponde al Ministerio Fiscal, las partes del proceso y quien, sin ser parte, resulte condenado[1307] y los herederos de todos ellos. En el caso de la responsabilidad civil, los actores civiles podrán recurrir lo correspondiente a la misma.

A estos legitimados, puede añadirse los terceros afectados por el decomiso, siempre que hayan intervenido en el proceso penal, si bien su recurso solo se

1307. Como indica Etxeberria Guridi en Gómez Colomer y Barona Vilar (2021b, 537), esta referencia debe entenderse hecha a las entidades responsables del seguro obligatorio.

ISBN: 978-84-18432-78-1

DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

referirá a los pronunciamientos que afecten a sus bienes y derechos afectados por esta privación.

III. RESOLUCIONES RECURRIBLES

En lo que afecta a las resoluciones recurribles, la Ley de Enjuiciamiento Criminal distingue en función de los motivos del recurso. En función de esta clasificación, vamos a darnos cuenta de que, finalmente, las únicas sentencias que no se recurren actualmente en casación son las que dicta el Tribunal Supremo en casos de aforamientos y los supuestos más leves de delito.

1. Por infracción de ley y por quebrantamiento de forma

Por infracción de ley y por quebrantamiento de forma son recurribles:

– Las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los tribunales superiores de Justicia.
– Las sentencias dictadas por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

2. Por infracción de ley

Únicamente por infracción de ley del motivo previsto en el número 1.º del artículo 849, son recurribles:

– Las sentencias dictadas en apelación por las audiencias provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.
– Los autos para los que la ley autorice dicho recurso de modo expreso.
– Los autos definitivos dictados en primera instancia y en apelación por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre, y la causa se haya dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada.

3. Recurso de casación para unificación de doctrina

Mediante esta modalidad son recurribles las sentencias dictas en apelación por las audiencias provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el procedimiento de menores, dependiendo de la medida impuesta al menor.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

IV. MOTIVOS DE CASACIÓN

Como hemos indicado, al tratarse de un recurso extraordinario no solo hay una limitación en cuanto las resoluciones recurribles, si bien acabamos de ver que no son tan limitadas las resoluciones que se pueden recurrir, sino también los motivos por los que puede interponerse. En este sentido, el recurso puede interponerse por infracción de ley sustantiva, infracción de norma constitucional o quebrantamiento de forma, pero únicamente por alguno de los motivos concretos regulados por la ley. Además, es posible la casación para la unificación de doctrina.

1. Casación por infracción de ley

El art. 849 establece dos motivos concretos:

– *Infracción de precepto penal sustantivo u otra norma sustantiva* que deba ser aplicada: cuando, dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal.
– *Error en la apreciación de la prueba:* cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

2. Casación por quebrantamiento de forma

Estos motivos se regulan en los artículos 850 y 851, y permiten distinguir entre defectos del procedimiento (art. 850) y defectos en la sentencia (art. 851).

a) Defectos en el procedimiento

– Cuando se haya denegado alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente.
– Cuando se haya omitido la citación del procesado, la del responsable civil subsidiario, la de la parte acusadora o la del actor civil para su comparecencia en el acto del juicio oral, a no ser que estas partes hubiesen comparecido en tiempo, dándose por citadas.
– Cuando el presidente del tribunal se niegue a que un testigo conteste, ya en audiencia pública, ya en alguna diligencia que se practique fuera de ella, a la pregunta o preguntas que se le dirijan siendo pertinentes y de manifiesta influencia en la causa.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

- Cuando se desestime cualquier pregunta por capciosa, sugestiva o impertinente, no siéndolo en realidad, siempre que tuviese verdadera importancia para el resultado del juicio.
- Cuando el tribunal haya decidido no suspender el juicio para los procesados comparecidos, en el caso de no haber concurrido algún acusado, siempre que hubiere causa fundada que se oponga a juzgarles con independencia y no haya recaído declaración de rebeldía.

b) Defectos en la sentencia

- Cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo.
- Cuando en la sentencia solo se exprese que los hechos alegados por las acusaciones no se han probado, sin hacer expresa relación de los que resultaren probados.
- Cuando no se resuelva en ella sobre todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa.
- Cuando se pene un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, si el tribunal no hubiere procedido previamente como determina el artículo 733.
- Cuando la sentencia haya sido dictada por menor número de magistrados que el señalado en la ley o sin la concurrencia de votos conformes que por la misma se exigen.
- Cuando haya concurrido a dictar sentencia algún magistrado cuya recusación, intentada en tiempo y forma, y fundada en causa legal, se hubiese rechazado.

3. Casación por infracción de precepto constitucional

Regulado en el art. 852, se puede referir tanto a preceptos de carácter procesal como material. En la práctica, un motivo estrella es la alegación de la presunción de inocencia.

4. Casación para la unificación de doctrina

Esta modalidad pretende la unificación o armonización de la jurisprudencia de las audiencias provinciales para evitar el diferente tratamiento de ciertas instituciones y evitar contradicciones distintas o dispares entre los órganos jurisdiccionales que pudieran repercutir en la seguridad jurídica y en el principio de igualdad, dando un distinto tratamiento a situaciones similares en función del órgano que deba resolverlos.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Esta posibilidad está expresamente prevista para el procedimiento especial para la exigencia de responsabilidad penal de los menores y para la unificación de doctrina en materia penitenciaria.

V. TRAMITACIÓN

1. Preparación del recurso

El recurso se prepara ante el órgano que dictó la resolución recurrida mediante escrito, firmado por abogado y procurador, dentro de los cinco días siguientes a su notificación. Deberá indicarse el tipo de recurso y el motivo concreto dentro de él, así como la promesa de constituir depósito en el momento de interposición del recurso.

El tribunal a quo comprobará el cumplimiento de todos los requisitos y, en su caso admitirá el recurso, teniendo por preparado el mismo, lo que supondrá el emplazamiento de las partes para que comparezcan ante el Tribunal Supremo. La parte que no haya preparado el recurso, puede adherirse al mismo.

De no admitirse el recurso, podrá interponerse el recurso de queja ante el Tribunal Supremo.

2. Interposición del recurso

El recurso se interpone ante el Tribunal Supremo, el cual se declara desierto de no interponerse, por lo que se imponen las costas al recurrente y la resolución adquiere firmeza. El recurso se interpone por escrito, firmado por abogado y procurador, e incluye en la forma legalmente prevenida los fundamentos doctrinales y legales que corresponda, y se indica además el artículo de la Lecrim que contempla dichos motivos, la reclamación concreta para subsanar la infracción. Se habrá de acreditar también la formalización del depósito.

3. Sustanciación del recurso

La fase de sustanciación, también ante el TS, supone el cumplimiento del principio de contradicción en tanto que en ella las demás partes tienen la oportunidad, en su caso, de adherirse al recurso o impugnar su admisión. A la luz de todas las alegaciones, el Tribunal admitirá o no el recurso.

4. Resolución del recurso

También aquí es posible que haya una vista. La vista es preceptiva cuando se solicitar por las partes, si la pena que pudiera imponerse es superior a seis años, cuando las circunstancias concurrentes en el caso concreto lo hagan conveniente

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

para salvaguardar el principio de publicidad y en caso de delitos comprendidos en los títulos relativos al homicidio, aborto, a las lesiones al feto y a las torturas y otros delitos contra la integridad. Será facultativa cuando, de oficio o a instancia de parte, el Tribunal la estime necesaria (art. 893 bis a).

Concluida la vista, si la misma se celebró, o una vez llevada a cabo la deliberación y fallo si no se celebró, la sala resolverá admitiendo o no los motivos o alguno de los motivos alegados, con distintas consecuencias en función del motivo:

- Si se estima el quebrantamiento de forma, el TS anula la sentencia dictada y ordena que se devuelva la causa al tribunal para que, reponiéndose las actuaciones, se sustancie nuevamente.
- Si se estima la infracción de ley, el Tribunal anula la sentencia y dicta la nueva que resolverá sobre el fondo del asunto.

ISBN: 978-84-18432-78-1

DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Capítulo 37. La queja

I. PANORAMA GENERAL

(1) La queja es el recurso contra autos del tribunal de mérito (de primera y segunda instancia) y contra decretos del presidente del tribunal, del juez de investigación y del juez comisionado o exhortado (cf. § 304, inc. 1.°). Esta queja simple no está sujeta a plazo. La ley prevé una queja inmediata, a interponer en el transcurso de una semana, para casos en los que debe proveerse seguridad jurídica rápida y definitivamente (§ 311). En principio no existe la queja ulterior, es decir, una queja contra la decisión sobre la queja; la excepción en el § 310 para la detención e internamiento provisional se considera como taxativa y se interpreta estrictamente.[1308]

(2) Si no se hace lugar a la queja (§ 306, inc. 2.°), se remite el asunto ante la instancia superior (efecto devolutivo; cf. *supra* § 34 nm. 1), pero no se bloquea la ejecución de la decisión impugnada (§ 307, inc. 1.°), a menos que este efecto suspensivo se ordene en el procedimiento de queja (§ 307, inc. 2.°). El legislador no ha establecido la prohibición de la *reformatio in peius* para la queja. La jurisprudencia hace una excepción para los autos que establecen consecuencias jurídicas definitivas, y que adquieren la calidad de cosa juzgada (p. ej., el § 57a StGB).[1309]

II. LA QUEJA (SIMPLE), § 304

1. Procedencia

(3) La queja simple puede interponerse contra autos y decretos, y contra sentencias en la medida en que ellas decidan sobre costas y gastos (§ 304, inc. 1.° y 3.°), así como sobre el deber de indemnizar a cargo del erario público (§ 8, inc. 3.°, 1.ª oración StrEG). Los autos y decretos del BGH no son impugnables en absoluto, y las de los Tribunales Superiores Estaduales solo lo son en los casos

1308. Cf. *BGHSt* 25, 120.
1309. OLG Hamm, *NStZ* (1994), 53.

que enumera el § 304, inc. 4.° (cf. de todos modos la regla de excepción en el § 304, inc. 5.°).[1310]

(4) La omisión de una decisión es susceptible de queja cuando aquella debía ser dictada de acuerdo con lo dispuesto en la regulación.[1311] En cambio, no existe una queja general «por inactividad». Con la introducción de los §§ 198 ss. GVG a fines del 2011 ahora también existe protección jurídica frente a la excesiva duración de los procedimientos de investigación y judiciales.[1312]

2. Legitimación para la queja

(5) Puede interponer queja toda persona que se vea afectada en un derecho que le reconoce el derecho material o procesal (§ 304, inc. 1.° y 2.°). No se distingue entre afectado directo e indirecto.[1313]

> **Ejemplos**: El propietario de las cosas incautadas; quien ha ofrecido caución a favor del imputado (§ 124, inc. 2.°, 2.ª oración).

3. Exclusión de la queja

(6) Las decisiones del tribunal que conoce el asunto (cf. *supra* § 16 nm. 12), que preceden temporal y objetivamente a la sentencia y que se encuentran conectadas con ella, quedan excluidas de la queja (§ 305, 1.ª oración; excepciones en la 2.ª oración). Ellas no deben ser impugnadas aisladamente, sino conjuntamente con la sentencia (§ 336), a fin de que el juicio oral pueda proseguir sin interrupción.

> **Ejemplos**: El rechazo de un requerimiento de prueba (§ 244, inc. 6.°); la conexidad entre asuntos según el § 4.

Respecto de muchos grupos de casos predomina la discusión, porque la idea básica del § 305 no comprende decisiones que tienen también relevancia procesal en otro sentido, y porque el catálogo de las excepciones en la segunda oración no es taxativo.[1314]

> **Ejemplos**: Son impugnables, por ejemplo, la negativa a que la víctima pueda consultar las actas del expediente debido al peligro para los fines de la investigación; el auto

1310. Según el BGH (*NStZ* [2002], 274) a interpretar estrictamente.
1311. BGH, *NJW* (1993), 1279.
1312. OLG Frankfurt a.M., *NStZ-RR* (2013), 264; en relación con la queja por inactividad y la solución de la compensación de los §§ 198 ss. GVG, en detalle, Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 304 nm. 3 y comentario previo al § 198 GVG nm. 1 ss.
1313. *BGHSt* 27, 175 (visitante de un procesado bajo prisión preventiva).
1314. Sobre los detalles, cf. KK-StPO/Zabeck, § 305 nm. 5 ss.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

que no convoca un defensor obligatorio (cf. § 142 inc. 7.°, 143a inc. 2.°, núm. 1), o el auto que no admite al acusador adhesivo.[1315]

4. Tribunal competente

(7) La queja se interpone siempre ante el *iudex a quo* (§ 306). Decide la Gran Cámara Penal ante el Tribunal Estadual (§§ 73, inc. 1.°; 76, inc. 1.° GVG), el OLG (§§ 120, inc. 3.°; 121, núm. 2 GVG) o el BGH (§ 135, inc. 2.° GVG).

5. Agravio: preclusión procesal

(8) Una medida que ya no puede ser dejada sin efecto, por regla general, es inimpugnable. Si la decisión ha precluido con el transcurso del proceso y, por tanto, ha devenido abstracta, no puede en principio ser impugnada (cf., sin embargo, *supra* § 10 nm. 77).[1316]

Ejemplos: Queja contra la detención luego de la cosa juzgada de la sentencia; orden de registro ya concretada mediante la ejecución.

6. Decisiones

(9) El *iudex a quo* examina si la queja está fundada. En ese caso tiene lugar una decisión correctiva (§ 306, inc. 2.° y 3.°) que forma una unidad con la decisión corregida. Una queja inadmisible se trata como reconsideración (cf. *supra* § 34 nm. 2) y desencadena el mismo examen. Si el tribunal *a quo* no hace lugar a la queja, debe ser presentada dentro de los tres días siguientes ante el tribunal al que corresponde resolver (el tribunal de la queja) (§ 306, inc. 2.°).

(10) El tribunal de la queja resuelve por escrito y según el estado del expediente (§ 309, inc. 1.°). Si falta un presupuesto de admisibilidad –procedencia, agravio, plazo (§ 311)– se la rechazará por inadmisible (reglas generales, no mencionadas en el § 309).

(11) En caso contrario, el tribunal de la queja examinará todos los hechos esenciales para la decisión, inclusive aquellos que recién fueron expuestos con la queja.[1317] El tribunal rechazará la queja por infundada o resolverá el asunto por sí mismo en lugar del primer juez (§ 309, inc. 2.°), en la medida fijada por el objeto del procedimiento en el que se basó la resolución impugnada,[1318] incluso en cuestiones discrecionales (discutido).[1319] Una remisión al tribunal inferior solo

1315. LG Hamburg, *NStZ-RR* (2018), 322, 323.
1316. *BVerfGE* 49, 329.
1317. BGH, *NJW* (1964), 2119.
1318. *BGH, Decisión de 15 de diciembre de 2020 - StB 41/20, nm. 11.*
1319. *Meyer-Goßner/Schmitt* (2021), § 309 nm. 4 (con referencias adicionales).

ISBN: 978-84-18432-78-1

DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

entra en consideración cuando un defecto procesal no puede ser subsanado por el tribunal de la queja (p. ej., una audiencia prescrita como obligatoria).[1320]

III. LA QUEJA INMEDIATA, § 311

(12) Está sujeta a plazo (inc. 2.°). El tribunal inferior solo puede hacer lugar a la queja inmediata cuando no fue reconocido el derecho a ser oído conforme a la ley (inc. 3.°). Que se trate de una queja «inmediata» o no, es algo que debe ser ordenado expresamente por la ley. No existe una «queja inmediata ulterior».

IV. LA QUEJA ULTERIOR, § 310

(13) Decir que, en principio, no existe una queja ulterior (cf. *supra* nm. 1), significa por ejemplo: que no pueden aducirse nuevos motivos de queja con base en la decisión del tribunal de queja; que no puede hacerse valer una infracción al derecho constitucional;[1321] y que la contraparte del recurrente al que perjudica la nueva decisión no puede defenderse.[1322] Las excepciones mencionadas en el § 310 son taxativas (inc. 2.°).

Casos y preguntas

243. ¿Cuándo es procedente la queja?
244. ¿Ante qué tribunal se interpone la queja?

Comentarios desde la perspectiva española

El recurso de queja español responde a unas particularidades distintas a la queja del ordenamiento alemán. La queja presenta dos modalidades, que tienen finalidades diferentes.

1320. En detalle, Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 309 nm. 7 ss.; cf. también KG, *StraFo* (2015), 419, 421 («cuando la decisión impugnada es evidentemente arbitraria o adolece de otro defecto procesal grave»).
1321. OLG Düsseldorf, *NJW* (1991), 2434.
1322. KG, *JR* (1962), 311; cf. no obstante § 311a.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

I. RECURSO DE QUEJA SUSTITUTIVO DE LA APELACIÓN

Este recurso, de sencilla tramitación, se encuentra en el proceso ordinario por delitos más graves en el que contra las resoluciones interlocutorias dictadas por los órganos jurisdiccionales solo procede el recurso de apelación cuando la ley así lo prevé expresamente. Pues bien, frente a las resoluciones contra las que no cabe apelación, se articula este recurso de queja, de ahí la denominación de sustitutivo de la apelación.

II. RECURSO DE QUEJA POR INADMISIÓN DE RECURSO DE APELACIÓN Y CASACIÓN

Este recurso es consecuencia del carácter devolutivo de los recursos de apelación y casación, en tanto que supone la impugnación de la decisión del tribunal *a quo* de no admitir el recurso contra la resolución por él dictada, de forma que la decisión de admisión pase a ser tomada por el tribunal superior, al que correspondería resolver el recurso. El recurso, procede, por tanto, contra las resoluciones (autos) por las que se inadmite el recurso de apelación y el recurso de casación.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Capítulo 38. Revisión

I. FUNDAMENTOS

1. Conflicto entre fines

(1) En el conflicto entre los fines procesales verdad, justicia y paz jurídica (cf. *supra* § 3 nm. 4), el interés en la verdad y la justicia pesa más que el interés contrario en la seguridad jurídica derivado de una sentencia firme, cuando sus fundamentos se han conmovido de tal manera, que ella ya no puede mantenerse, ni puede esperarse que arribe a la paz jurídica. En el procedimiento de revisión se aclara si se quebranta la cosa juzgada de la vieja sentencia y el asunto debe retrotraerse nuevamente al juicio oral. Esto nunca ocurre de oficio, sino siempre a petición de parte.

2. Ámbito de aplicación, §§ 359 ss.

(2) Solo pueden revisarse aquellos procesos que fueron concluidos a través de una sentencia firme sobre el fondo (no la sentencia de sobreseimiento), o a través de un mandato penal (§ 373a). En la cosa juzgada horizontal, no es admisible activar un procedimiento de revisión contra el fallo de culpabilidad y, paralelamente a ello, interponer un recurso contra el pronunciamiento sobre la pena.[1323]

3. Motivos

(3) Los motivos de revisión están enumerados taxativamente en los §§ 359, 362 y 373a. Otro motivo de revisión se deriva del § 79, inc. 1.° BVerfGG, para el caso en el que el Tribunal Constitucional Federal declare inconstitucional una ley penal.[1324]

1323. Discutido; cf. BGH, *NStZ* (1994), 25; Gössel, *NStZ* (1983), 291; cf. también MüKoStPO/*Engländer/Zimmermann,* comentarios previos al § 359 nm. 14 s.
1324. Cf. la sentencia sobre las sentadas; *BVerfGE* 92, 1.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

4. Agravio

(4) La Fiscalía siempre puede requerir la revisión (cf. *supra* § 34 nm. 14); el condenado, solo cuando ha sufrido un agravio causado por el fallo de culpabilidad. No se puede pretender únicamente que se corrija la determinación de la pena, como tampoco una absolución cuya fundamentación resulta gravosa (§ 363). Pero esta norma no se opone a un requerimiento de revisión, con la que (solamente) tenga que suprimirse un veredicto de culpabilidad incorrecto.[1325] Solo la revisión, según el § 359, núm. 5, vincula la admisibilidad del requerimiento a la condición adicional de que sea posible una decisión más favorable en el plano de las consecuencias jurídicas (cf. *infra* nm. 15).

5. Rasgos principales del procedimiento

(5) El procedimiento consta de dos etapas. En el *procedimiento de adición* (§ 368) se controla que estén presentes los motivos de revisión alegados y se examina si ellos son idóneos para dejar sin efecto los aspectos establecidos por la sentencia. Si el escrito de revisión es relevante en este sentido, se prosigue con la recepción de las pruebas acerca de esa presentación en el *procedimiento probatorio* (§§ 369, 370). Si dicho escrito ha encontrado confirmación suficiente, se dispone la revisión del proceso y la realización de un nuevo juicio oral (§ 370, inc. 2.°). En el nuevo juicio (§ 373), se debate otra vez e independientemente sobre el asunto en todos los aspectos, sin sujeción a la antigua sentencia,[1326] de modo que carece de sentido la clasificación habitual del nuevo juicio como tercera etapa del procedimiento de revisión.

II. REVISIÓN A FAVOR DEL CONDENADO, § 359

1. Motivos: n.os 1-4 y 6

Sinopsis 13: Motivos de revisión, § 359

(6) Núm. 1: El concepto de documento se define como en el § 267 StGB. Su utilización no necesita ser punible; basta con que haya sido presentado y empleado como prueba en el proceso.

1325. Si alguien afirma que no mató 22 personas en un caso y 7 en otro, como consta en la sentencia, sino solo que cometió el primer hecho, la pena no se modificará en caso de que se suprima el segundo; sin embargo, es un imperativo de justicia, que «la eliminación de una decisión incorrecta, sumamente gravosa para el condenado, sea posible, incluso cuando, en razón de los delitos restantes, esté descartada una decisión más favorable sobre la pena» (BGH, *NStZ* [2003], 678).

1326. *BGHSt* 14, 64, 66.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

(7) Núm. 2: A causa de la declaración falsa debe haberse dictado una condena (§ 364). Esto es lamentable en los casos que despiertan la sospecha de que el testigo fue forzado a una declaración falsa y, por ese motivo (§35 StGB), no puede ser condenado. Por otra parte, el § 364 no impide presentar la circunstancia de que la declaración fue falsa como un hecho nuevo (§ 359, núm. 5).

(8) Núm. 3: Tales violaciones de deberes son, por ejemplo, delitos según los §§ 239, 240, 257, 267, 331, 332, 336, 343 y 344 StGB.

(9) Núm. 4: Forman parte de esto todas las sentencias excepto las penales (así, p. ej., las sentencias de tribunales administrativos, pero no los actos administrativos revocados). Una sentencia penal está «basada» en tales sentencias solo cuando ellas fueron empleadas en la valoración de la prueba o cuando se trata de sentencias constitutivas.

(10) Núm. 6: Admite la corrección de una sentencia, que, según una decisión del TEDH, se basa en una violación del CEDH.

2. Nuevos hechos o medios de prueba, núm. 5

(11) *a*) Los hechos son los «hechos materiales» en los cuales se basa la sentencia, nunca hechos jurídicos tales como, por ejemplo, la modificación de una ley o de una interpretación del derecho.

(12) *b*) Los hechos son nuevos si no han sido discutidos en el juicio y, por tanto, no han desempeñado ningún papel en el juzgamiento. Es irrelevante si en aquel entonces, para alguien (p. ej., el condenado), ellos eran conocidos o reconocibles (p. ej., a partir del expediente).

(13) Los medios de prueba son nuevos cuando el tribunal no los ha conocido o, pese a conocerlos, no los ha utilizado.

(14) Los hechos o medios de prueba deben ser nuevos. Para hechos «antiguos», es decir, ya conocidos anteriormente y debatidos en el juicio oral, deben aportarse nuevos medios de prueba. Para hechos nuevos pueden emplearse tanto medios de prueba nuevos como antiguos.

(15) *c*) Estos hechos o medios de prueba son relevantes cuando resultan idóneos para alcanzar una absolución, una condena más leve en razón de otra ley penal más benigna, o una sentencia esencialmente diferente sobre una medida de seguridad. Con ellos no se puede aspirar únicamente a una condena más leve (§ 363, inc. 1.°).

III. REVISIÓN EN PERJUICIO DEL ACUSADO, § 362

(16) Cuando ella prospera, se persigue al acusado otra vez por el mismo hecho (§ 362, como excepción de la prohibición del art. 103, inc. 3.° GG). La comparación con el catálogo del § 359 muestra que los hechos o medios de prueba nuevos no justifican una revisión en perjuicio del acusado. Rige aquí también,

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

el que no cuenta entre los fines de la revisión obtener únicamente un castigo diferente (más grave; § 363, inc. 1.º). El motivo más importante lo menciona el núm. 4. Existe también una confesión cuando el absuelto reconoce el aspecto externo de un delito, pero al mismo tiempo niega el dolo, la antijuridicidad o la culpabilidad.[1327]

IV. PROCEDIMIENTO: ADMISIBILIDAD, §§ 363-368

(17) En esta primera etapa del procedimiento de adición, se examina inicialmente si el requerimiento está formulado de manera formalmente correcta (§ 366, inc. 2.°). Además, debe existir un agravio (cf. *supra* nm. 4). Luego se evalúa si se «ha hecho valer un motivo legal de revisión» y si se «adujo un medio de prueba idóneo» (tenor literal § 368 inc. 1.°; § 366 inc. 1.°). Al requirente, por tanto, le corresponde la carga de la alegación.

(18) En el § 359, inc. 5.° debe examinarse si los hechos o medios de prueba son nuevos e idóneos (relevantes) en el sentido presupuesto por la norma señalada. El requirente debe comunicar los hechos e indicar los medios de prueba. Un hecho nuevo, por ejemplo, es también la retractación de una confesión brindada anteriormente.[1328] En tal caso de «contradicción procesal interna entre los hechos y los medios de prueba presentados hasta ese momento en el estadio y curso del proceso»,[1329] el requirente debe indicar, sin embargo, los motivos de su comportamiento procesal contradictorio;[1330] él tiene una carga de alegación más amplia.[1331] Lo mismo vale cuando un testigo manifiesta ahora hechos que están en contradicción con su declaración anterior.

(19) En esta etapa del proceso tiene lugar un «examen de solidez»: la opinión dominante se pregunta si la presentación del solicitante, en caso de que se la considere correcta, afecta a los fundamentos de la sentencia y hace probable[1332] que se logre el objetivo de la revisión. El tribunal que examina la solicitud de revisión debe ponerse en el lugar del otro tribunal, es decir, tomar como referencia su concepción del derecho y su construcción del edificio probatorio. En esa tarea, dentro de ciertos límites, puede anticipar la valoración probatoria.[1333] Toda vez que no tiene que convencerse de la nueva presentación, ni tiene que comprobar hechos, sino que solo adopta una decisión equiparable a un pronóstico, no rige (directamente) el *in dubio pro reo*.[1334] Si falta uno de estos presupuestos, el requerimiento será rechazado por inadmisible (§ 368, inc. 1.°). En caso contrario, comenzará el procedimiento probatorio.

1327. Discutido; detalladamente al respecto, véase MüKoStPO/*Engländer/Zimmermann,* § 362 nm. 13.
1328. Cf. Hellerbrand, *NStZ* (2004), 413; particularmente también sobre la confesión en el marco de un acuerdo.
1329. BVerfG, *NJW* (1994), 510.
1330. BVerfG, *NJW* (1977), 59; OLG Köln, *NStZ* (1991), 96.
1331. BVerfG, *NJW* (1994), 510.
1332. BVerfG, *StV* (2003), 225; *BGHSt* 39, 75, 85. En detalle véase MüKoStPO/*Engländer/Zimmermann*, § 359 nm. 61 ss.
1333. Cf. MüKoStPO/*Engländer/Zimmermann,* § 359 nm. 57 ss.
1334. Cf. MüKoStPO/*Engländer/Zimmermann,* § 359 nm. 62.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

V. PROCEDIMIENTO: LA FUNDAMENTACIÓN, §§ 369 SS.

(20) En esta segunda etapa se ofrece prueba sobre el requerimiento de la revisión (§ 369, inc. 1.°). El fin de la prueba es la «confirmación suficiente» (§ 370; de otro modo en § 359, 362, núm. 1 y 2). Por lo tanto, no es necesaria una «plena prueba».[1335] Basta con que sea lo suficientemente probable que en el nuevo juicio oral se emita una decisión favorable al condenado.[1336] La diferencia con la primera etapa consiste solo en que no se asumirá la corrección del requerimiento, sino que se examinará en un procedimiento probatorio. Se trata nuevamente de una decisión equivalente a un pronóstico cuyo fin no es la certeza, sino la probabilidad.[1337] En consecuencia, el *in dubio pro reo* tampoco es aplicable aquí directamente. El tribunal, empero, debe incluir en su pronóstico si cabe suponer que, en caso de un nuevo juicio oral, habría de decidirse conforme al *in dubio pro reo*.[1338]

> **Ejemplo**: La imputabilidad, no debatida en el proceso antiguo, se ha tornado ahora dudosa producto de la presentación de la revisión. Un perito explica que no puede descartarse la aplicación del § 20 StGB para el momento del hecho.[1339] Es previsible que el nuevo juicio oral arribará al mismo resultado.

(21) Si los nuevos hechos o medios de prueba han sido suficientemente confirmados y conducirán probablemente a una decisión favorable para el condenado (una causalidad que en los §§ 359 y 362, núm. 1 y 2 se presume, aunque admitiendo prueba en contrario); se dispondrá la revisión del proceso (§ 370, inc. 2.°). En caso contrario, el requerimiento se rechazará por infundado (§ 370, inc. 1°).

(22) El auto por el cual se ordena la revisión solo es prescindible cuando el procedimiento se ha activado con el objeto de desagraviar a una persona que ya ha fallecido (§§ 361 y 371, inc. 1.°), o cuando existen suficientes pruebas para una absolución inmediata y la Fiscalía se encuentra de acuerdo (§ 371, inc. 2.°).

(23) En su defecto, dicho auto es un presupuesto procesal del proceso ulterior.[1340] Él provoca que se suprima la cosa juzgada[1341] y que el proceso se retrotraiga al estado de litispendencia en el que se encontraba antes de la sentencia (en los procesos que se siguen en la primera instancia, esa es la situación procesal posterior al auto de apertura).[1342] Decae la ejecutoriedad de la sentencia y resurgen los derechos revocados.[1343]

1335. BVerfG, *NStZ* (1990), 499.
1336. OLG Frankfurt, *StV* (1996), 138.
1337. Cf. MüKoStPO/*Engländer/Zimmermann,* § 370 nm. 11 ss.
1338. Discutido; cf. KK-StPO/Schmidt, § 370 nm. 4 ss.; Cf. también MüKoStPO/*Engländer/Zimmermann,* § 370 nm. 10, consideran que el tribunal que conoció el caso en primer término habría aplicado el principio del *in dubio pro reo* a la luz de los conocimientos disponibles en el procedimiento de revisión.
1339. Cf. OLG Stuttgart, *StV* (1990), 539.
1340. *BGHSt* 18, 339, 341.
1341. *BGHSt* 14, 64, 66.
1342. *BGHSt* 19, 280, 282.
1343. LR/Gössel, § 370 nm. 37; p. ej., el permiso para conducir, BayObLG, *NJW* (1992), 1120.

VI. EL NUEVO JUICIO ORAL, § 373

(24) Tiene lugar ante el tribunal competente (§ 140a GVG) de la instancia en la que fue dictada la sentencia anterior. Si se había convocado un defensor para el procedimiento de revisión conforme a los §§ 364a y 364b, debe ahora decidirse según el § 140.[1344] En el nuevo juicio, el asunto se juzga otra vez de forma independiente, sin ninguna sujeción a la sentencia anterior.[1345] Si el tribunal arriba exactamente al mismo resultado, la sentencia anterior se mantiene (inc. 1.°). Si el tribunal quiere apartarse de la decisión anterior, debe dejarla sin efecto y reemplazarla por una nueva sentencia. Ella no puede resultar peor para el condenado, ni en el tipo ni en la cuantía de la consecuencia jurídica, cuando el procedimiento de revisión se había activado en su favor (prohibición de la *reformatio in peius*, inc. 2.°).

VII. INDEMNIZACIÓN

(25) La Ley sobre Indemnización por Medidas de Persecución Penal (StrEG) de 8 de marzo de 1971 reconoce ese derecho cuando la condena es suprimida o atenuada en el procedimiento de revisión (§ 1; sobre la improcedencia en caso de propia culpa o de autoincriminación falsa, §§ 5 y 6). Se indemnizan los daños patrimoniales e inmateriales (§ 7, inc. 3.°; de manera general, € 25 por cada día de privación de la libertad). Para la indemnización en caso de absolución o de un sobreseimiento que debe tener lugar obligatoriamente durante el desarrollo de la instancia, cf. § 2; sobre la indemnización en caso de sobreseimiento de acuerdo con normas discrecionales, o la indemnización de equidad por persecución penal excesiva, §§ 3 y 4.

Casos y preguntas

245. ¿A qué fines sirve el instituto jurídico de la revisión del proceso?
246. ¿Cuáles son los presupuestos para una revisión del proceso?
247. El procedimiento de revisión, ¿se promueve de oficio o a partir de un requerimiento?
248. ¿Qué procesos pueden revisarse?
249. ¿Puede el absuelto solicitar una revisión con el fin de obtener una absolución por inocencia comprobada?
250. ¿Puede un requerimiento de revisión basarse en una modificación de la ley o de una interpretación jurídica?

1344. Esto es diferente si en el procedimiento precedente ya había tenido lugar la designación de un defensor penal; cf. KG, *NJW* (2013), 182.
1345. *BGHSt* 14, 64, 66.

251. ¿Qué se evalúa en el marco del procedimiento de adición y qué en el marco del procedimiento probatorio?
252. ¿Tiene aplicación el principio de *in dubio pro reo* en el procedimiento de adición o en el probatorio?
253. ¿Se suprime la sentencia cuestionada con el auto de revisión?
254. ¿Cuáles son los efectos del auto de revisión (§ 370, inc. 2.°)?
255. ¿Es factible una absolución sin nuevo juicio oral?
256. ¿Puede dictarse una sentencia en el nuevo juicio que aumente la pena de prisión ya impuesta por la primera sentencia?
257. ¿Existe un derecho a indemnización cuando la condena es suprimida o atenuada en el proceso de revisión?

Comentarios desde la perspectiva española

El juicio de revisión, como hemos indicado en el § 32, es un medio de impugnación extraordinario que permite atacar ciertas sentencias que han adquirido ya firmeza, es decir, han desplegado el efecto de cosa juzgada. Pese a la invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes, motivos de justicia llevan a considerar que, por una serie de motivos concretos, no puede mantenerse dicha irrevocabilidad sin provocar una injusticia que un sistema democrático no puede permitirse.

I. SUPUESTOS EN QUE PROCEDE

La anulación en estos casos solo es posible respecto de sentencias en que concurran las siguientes condiciones:

– Deben haberse dictado en un proceso penal por delito, referencia que hoy carece de sentido, pues se han eliminado las faltas.
– Dictada por un órgano jurisdiccional español, no extranjero.
– Definitiva, habiendo puesto fin al proceso.
– Firme, esto es, invariable e irrecurrible.
– Condenando a una pena, no a una medida de seguridad. No se permite la revisión de sentencias absolutorias, al contrario que en el sistema alemán.

II. MOTIVOS

Los motivos, legalmente tasados, de interposición de este recurso se regulan mayoritariamente en la Lecrim, si bien también encontramos un motivo en la Ley Procesal Militar y otro en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y son los siguientes:

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

- Cuando haya sido condenada una persona en sentencia penal firme que haya valorado como prueba un documento o testimonio declarados después falsos, la confesión del encausado arrancada por violencia o coacción o cualquier otro hecho punible ejecutado por un tercero, siempre que tales extremos resulten declarados por sentencia firme en procedimiento penal seguido al efecto. No será exigible la sentencia condenatoria cuando el proceso penal iniciado a tal fin sea archivado por prescripción, rebeldía, fallecimiento del encausado u otra causa que no suponga una valoración de fondo.
- Cuando haya recaído sentencia penal firme condenando por el delito de prevaricación a alguno de los magistrados o jueces intervinientes en virtud de alguna resolución recaída en el proceso en el que recayera la sentencia cuya revisión se pretende, sin la que el fallo hubiera sido distinto.
- Cuando sobre el mismo hecho y encausado hayan recaído dos sentencias firmes.
- Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de hechos o elementos de prueba, que, de haber sido aportados, hubieran determinado la absolución o una condena menos grave.
- Cuando, resuelta una cuestión prejudicial por un tribunal penal, se dicte con posterioridad sentencia firme por el tribunal no penal competente para la resolución de la cuestión que resulte contradictoria con la sentencia penal.
- Será motivo de revisión de la sentencia firme de decomiso autónomo la contradicción entre los hechos declarados probados en la misma y los declarados probados en la sentencia firme penal que, en su caso, se dicte.
- Se podrá solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión.

    • En este supuesto, la revisión solo podrá ser solicitada por quien, estando legitimado para interponer este recurso, hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La solicitud deberá formularse en el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido Tribunal.

- Cuando sobre los propios hechos hayan recaído dos sentencias firmes y dispares dictadas por la misma o por distintas jurisdicciones (art. 328-5.º Ley Orgánica Procesal Militar).
- Inconstitucional de la ley penal, es decir, la declaración por el Tribunal Constitucional de la declaración de inconstitucionalidad de la norma

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

penal aplicable al fondo del asunto (art. 40.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

III. COMPETENCIA

La competencia para conocer del juicio de revisión exige distinguir entre los conocidos como juicios rescindente y rescisorio. El juicio rescindente, en que se toma la decisión sobre si procede o no la revisión y se anula la sentencia, le corresponde a la Sala II del Tribunal Supremo (o su sala especial, en el caso de contradictoriedad de sentencias); el juicio rescisorio, en que efectivamente se dicta la sentencia ajustada a derecho en función del motivo alegado, le corresponde al tribunal que dictó la sentencia anulada.

IV. LEGITIMACIÓN

La legitimación para interponer el juicio de revisión corresponde a:

- El penado, y de haber fallecido a su cónyuge, o quien haya mantenido convivencia como tal, ascendientes y descendientes, con objeto de rehabilitar la memoria del difunto y de que se castigue, en su caso, al verdadero culpable.
- El Ministerio de Gracia y Justicia, previa formación de expediente, podrá ordenar al fiscal del Tribunal Supremo que interponga el recurso, cuando a su juicio hubiese fundamento bastante para ello.

V. TRAMITACIÓN DEL RECURSO

Son pocas las previsiones al respecto de la ley, destacando la necesidad de escuchar al Ministerio Fiscal y a los penados, siguiéndose los trámites del recurso de casación.

VI. LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO

En la resolución del recurso debe distinguirse entre la sentencia rescindente y la rescisoria, pues para la primera los efectos dependen del motivo alegado:

- Sentencia rescindente:

  - Contradictoriedad de sentencias: se anulan las dos sentencias y remite la causa al tribunal competente.

- Condena por falsedad u otro delito: se anula la sentencia y se remite al órgano competente para que se instruya nuevamente la causa.
- Ante nuevos hechos y nuevas pruebas: se procede a instruir una información supletoria y, de demostrar su inocencia, se anula la sentencia y se ordena instruir de nuevo la causa.
- En la duplicidad de sentencias: se anula la sentencia que se considere injusta o se dicta otra.
- En caso de inconstitucionalidad de la ley penal, se anula la condena directamente o se efectúa una nueva liquidación.
- En el caso de sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se procederá como en el caso de nuevos hechos o pruebas.

Cabe advertir que el art. 958 no se ha adaptado en su contenido a los motivos por los que ahora cabe interponer el recurso, de ahí que urja esta adaptación, por ejemplo, en el caso del decomiso, pues no dice nada.

– Sentencia rescisoria. De producirse un nuevo juicio:

  - Si la sentencia es condenatoria a pena privativa de libertad deberá abonarse el tiempo que se haya cumplido.

Si la sentencia es absolutoria, se deberá indemnizar al legitimado o sus herederos, sin perjuicio de las responsabilidades concretas del órgano jurisdiccional u otra persona, exigible frente al Estado.

Capítulo 39. Intervención del ofendido en el proceso penal

I. PANORAMA GENERAL

(1) Esta sección de la StPO ha sido reconfigurada ampliamente, en especial por la Ley de Protección a la Víctima de 18 de diciembre de 1986 (una denominación sugestiva: «víctima» hay recién con una decisión que adquiere la calidad de cosa juzgada referida a la existencia de un autor). Otras modificaciones han tenido lugar a través de las leyes de Reforma de los Derechos de la Víctima de 24 junio de 2004, 29 de julio de 2009 y 21 de diciembre de 2015.

El ofendido es un interviniente en el proceso penal (cf. *supra* § 20 nm. 11). Él puede

- formular acción penal privada (*infra* II),
- intervenir en el proceso como acusador adhesivo (*infra* III),
- hacer efectiva una pretensión de derecho patrimonial en el procedimiento de adhesión (*infra* IV),
- hace valer otras facultades como, por ejemplo, el derecho de examinar las actuaciones (*infra* V),
- demandar una indemnización (*infra* VI).

(2) Para todas estas facultades, el concepto de ofendido se define de la misma forma que en el § 172 (cf. *supra* § 12 nm. 12).

II. ACCIÓN PENAL PRIVADA, §§ 374 SS.

1. Importancia

(3) En caso de delitos leves, que no tienen mucho peso y que, si bien afectan al círculo del ofendido, difícilmente perturban a la generalidad (catálogo en el §

374, inc. 1.°), la Fiscalía puede desestimar el interés público en una persecución penal de oficio y derivar al ofendido a la vía de la acción penal privada (§ 376). La acción penal privada es ejercida solo excepcionalmente y culmina con una condena con menos frecuencia todavía.[1346] Si se le considera históricamente, este modelo de procedimiento estaba aún codificado como supuesto ordinario en la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, la última ley imperial sobre derecho penal y procesal penal previa al StGB y a la StPO; aunque, ya en ese entonces, desde hacía siglos había sido reemplazado por el proceso inquisitivo, y convertido en una reliquia que perdura hasta la actualidad.

(4) No es un proceso de partes. A diferencia de la Fiscalía, el acusador privado no está obligado, por cierto, a ejercer la acusación ni a la objetividad. Aún durante el juicio oral, puede desistir de su acción con acuerdo del acusado, es decir, puede disponer del objeto procesal. Sin embargo, sigue siendo asunto del tribunal llevar adelante la producción de la prueba y averiguar la verdad de oficio. El tribunal define por sí mismo la amplitud del procedimiento probatorio (§ 384, inc. 3.°); dentro de los límites del deber de esclarecimiento, por tanto, puede rechazar libremente requerimientos de prueba. Si el tribunal quiere sobreseer el proceso por escasa culpabilidad, debe escuchar al acusador privado (§ 385, inc. 1.°), pero no depende de su consentimiento (§ 383, inc. 2.°). En este caso, el acusador privado (que ya había ofrecido seguridades y anticipos, §§ 379 y 379a) debe cargar generalmente con las costas del proceso y con los gastos necesarios del acusado (§ 471, inc. 3.°, n.º 2). En suma: para el acusador, el procedimiento de acción privada es riesgoso y caro, poco auspicioso y, no pocas veces, supone una irritación mayor que el hecho mismo.

2. Ámbito de aplicación

(5) El ámbito de aplicación resulta del § 374. Los delitos de acción penal privada son, al mismo tiempo, delitos perseguibles a instancia de parte (excepciones: § 240 y § 241 StGB). La promoción de la acción penal privada supone también un requerimiento de persecución penal de los delitos perseguibles a instancia de parte (cuando la acción se promueve dentro del plazo para formular el requerimiento). No basta con que esta última haya sido formulada por otra persona.[1347]

(6) El derecho a la acción penal privada no corresponde solo al ofendido (§ 374, inc. 2.° y 3.°).

> **Ejemplos**: Asociaciones profesionales (§§ 22; 13, incs. 2.° y 3.° UWG); superiores jerárquicos (§ 194, inc. 3.° StGB).

1346. Cf. ya *Rieß,* Gutachten zum 55. DJT, 1984, así como también las reveladoras cifras en MüKoStPO/Daimagüler § 374 nm. 1 ss., las cuales demuestran una «constante disminución de los procedimientos penales por acción penal privada» (nm. 4). Las estadísticas de la Administración de Justicia identificaron solo ¡24! casos terminados mediante una sentencia durante el año 2019, véase *Statistisches Bundesamt*, Fachserie 10, Reihe 2.3, 2020, 28.

1347. Discutido; cf. Rieß, *NStZ* (1989), 103.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

(7) Si el hecho (§ 264), además de un delito de acción penal privada, supone un delito de acción pública, la acción penal privada queda excluida y solo la Fiscalía es competente para perseguirlo.

3. Acusador privado-Fiscalía

(8) La acción penal privada no es subsidiaria. El legitimado no debe aguardar a que la Fiscalía no formule acusación. Pero la acción privada no puede desplazar a la Fiscalía. Ella no es exclusiva. La Fiscalía puede intervenir desde el comienzo también en caso de delitos de acción privada y formular acusación (§ 376) o hacerse cargo del proceso posteriormente (§ 377, inc. 2.°). El proceso se sustancia a partir de allí como un procedimiento penal ordinario.[1348] El acusador privado, en ese caso, queda fuera del procedimiento (a menos que cuente con la facultad de sumarse como acusador adhesivo –al respecto, *infra* nm. 19–, y que haga uso de ella).

4. Procedimiento

(9) *a*) El ofendido, para poder promover la acción, debe haber emprendido un intento de conciliación (§ 380; no en todos los casos del § 374). El órgano de conciliación, en Baviera y Baden-Wüttemberg, es la comuna; en otros casos, es un árbitro o una entidad arbitral (diferente en Bremen y Hamburgo). La acción (§ 381) se le hace saber al imputado (§ 383). El tribunal decide si debe abrir el proceso (§ 383). Si esto ocurre, en el juicio oral no se lee la acusación, sino el auto de apertura (§ 384, inc. 2.°). Acusador y acusado pueden hacerse representar por abogados (§§ 378; 387, inc. 1.°).

(10) *b*) El imputado puede formular reconvención (§ 388), que se dirige contra el ofendido (inc. 1.°). Este no necesariamente debe ser el acusador (§ 374, inc. 2.°). En ese caso, con la reconvención, el imputado puede traer al proceso al ofendido (§ 388, inc. 2.°).

5. Finalización del proceso

(11) *a*) La acción privada puede desistirse en cualquier momento; pero en el juicio oral, luego del inicio de la declaración del acusado sobre el asunto, ello solo es posible con el consentimiento de este (§ 391, inc. 1°).

(12) *b*) Toda vez que las «partes» tienen permitido realizar actos de disposición, también la conciliación conduce a la finalización del proceso. Si los participantes alcanzan un acuerdo extrajudicialmente, la conciliación debe presentarse al tribunal. Este no abrirá el procedimiento principal, sino que rechazará la acción privada (§ 383, inc. 1.°), o pondrá fin al proceso mediante un sobreseimiento

---

1348. *BGHSt* 11, 56, 61.

(§ 260, inc. 3.°; en la conciliación está contenido un desistimiento de la acción –§ 391, inc. 1.°, 1.ª oración– con lo cual desaparece un presupuesto procesal). La conciliación judicial puede convenirse con reserva de retractación dentro de un plazo determinado (p. ej., porque la otra parte está obligada a brindar declaraciones como desagravio, o a efectuar pagos). Tampoco aquí rige el principio de que las manifestaciones procesales no están sujetas a condición alguna. La conciliación no pone fin al proceso directamente y por sí misma, pues este debe ser sobreseído (§ 260, inc. 3.°, igual que *supra*).

(13) *c*) En caso de que el acusador privado fallezca, el proceso será sobreseído (§ 393, inc. 1.°) si no lo continúan los parientes (sobre el círculo de personas de los legitimados, cf. §§ 393, inc. 2.°; 374, inc. 2.°).

(14) *d*) Si se comprueba que existe un delito de acción pública, se sobresee el procedimiento de acción penal privada y se deriva el caso a la Fiscalía (§ 389).

(15) *e*) Si la Fiscalía se hace cargo del proceso, concluye el procedimiento de acción penal privada.

(16) *f*) El tribunal puede sobreseer el proceso por escasa culpabilidad (§§ 153 y 383, inc. 2.°, 2.ª oración; la función del § 153a la asume la conciliación).

g) El tribunal decide mediante una sentencia de mérito.

6. Recursos

(17) El acusador privado tiene los mismos recursos que la Fiscalía, pero no puede hacer uso de ellos a favor del acusado. El plazo comienza también con la notificación de la sentencia, siempre que él no haya estado presente durante su dictado (analógicamente, § 401, inc. 2.°, 1.ª oración).

III. ACCIÓN PENAL ADHESIVA, §§ 395 SS.

1. Intereses en juego

(18) Con el acusador adhesivo, se opone al acusado un interviniente en el proceso que persigue la satisfacción de su propio interés personal,[1349] y que exige el castigo o la imposición de una medida de seguridad.[1350] El acusador adhesivo, a diferencia del acusador privado, no puede poner en marcha el proceso por sí mismo, sino que solamente interviene en un proceso promovido por la Fiscalía. Sin embargo, él no es un auxiliar de la Fiscalía (sobre todo porque, con la nueva redacción derivada de la Ley de Protección a la Víctima, ha desaparecido el paralelo con la acción privada; cf. «derechos de la Fiscalía», § 385 en la versión anterior). El sentido de la acción adhesiva consiste más bien en el control de la

1349. *BGHSt* 28, 272.
1350. Respecto de la acción adhesiva en los procedimientos sobre medidas de seguridad: BGH, *NStZ* (2002), 275.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Fiscalía.[1351] La facultad de intervenir se complementa con derechos propios (cf. § 397, inc. 1.°). Ellos refuerzan la posición jurídica del ofendido, pero, al mismo tiempo, amenazan el balance con los legítimos intereses del acusado, y ponen el acento en la venganza en lugar de la resocialización. Precisamente, en los (grandes) procedimientos penales que captan el interés político, la acción adhesiva corre el peligro de ser mal utilizada como un vehículo para superar profundos problemas sociales (como la xenofobia, el racismo, etc.).[1352]

2. Facultad de adherir

(19) La facultad de adherir está regulada en el § 395. La Ley de Protección a la Víctima ha trazado el círculo de ofendidos mucho más ampliamente que en el supuesto de la acción privada.[1353] El «hecho antijurídico», en el inc. 1.°, núm 1, comprende también la tentativa y todas las formas de participación (excepto § 30 StGB).[1354] Basta con un delito que legitime para el ejercicio de la acción adhesiva, incluso cuando concurra idealmente con otro hecho punible que no legitime para la adhesión, o que quede relegado detrás de éste (concurso de leyes)[1355] y no sea mencionado en la acusación por la Fiscalía.[1356] En caso de lesión corporal imprudente y otros hechos antijurídicos (esto último, desde la nueva redacción del § 395 inc. 3.º, por medio de la 2.ª Ley de Reforma de los Derechos de la Víctima (OpfRRG)), se necesitan «motivos especiales» (§ 395, inc. 3.°). No todo accidente de tránsito cotidiano debe conceder la facultad para ejercer la acción adhesiva.[1357] En especial, no resulta suficiente el interés del ofendido en el efectivo cumplimiento de sus derechos en el ámbito civil. En lugar de ello, resulta decisiva su necesidad de protección procesal, comprobable y relacionada con el caso concreto. Para determinarla resulta fundamental considerar las consecuencias que derivan del hecho respectivo.[1358]

3. Adhesión

(20) Se efectiviza mediante una declaración escrita (§ 396).[1359] Puede manifestarse ya en un estadio temprano del procedimiento de investigación, aunque recién se hace efectiva con la promoción de la acción pública (§ 396, inc. 2.°; para mandatos penales, cf. inc. 3.°). También puede presentarse tardíamente,

---

1351. Fabricius, *NStZ* (1994), 257 ss.
1352. Cf. recientemente Zöller, GA (2021), 303 ss. (tomando como ejemplo el atentado de extrema derecha perpetrado en Halle).
1353. Cf. BGH, *NStZ* (1992), 452.
1354. OLG Stuttgart, *NStZ* (1990), 298.
1355. Cf. *BGHSt* 13, 143; 33, 114, 115.
1356. *BGHSt* 29, 216, 218.
1357. Cf. Beulke, *DAR* (1988), 114.
1358. BGH, *NStZ* (2012), 466, 466 s. con nota de Jahn/Bung, *StV* (2016), 754; cf. también BGH, decisión de 28 de enero de 2021 – 3.ª StR 279/20.
1359. Obsérvese en relación con ello el ya mencionado § 32d, 2.ª oración.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

en particular luego del dictado de la sentencia, con el objeto de interponer un recurso (§ 395, inc. 4.°, 2.ª oración).

(21) El tribunal examina si quien quiere añadirse al proceso como acusador adhesivo pertenece al círculo de personas del § 395 y si parece jurídicamente posible la condena por un delito de acción adhesiva.[1360] Luego se dicta un *auto de admisión* (§ 396, inc. 2.°), que solo tiene un *significado declarativo*. La posición como acusador adhesivo se logra ya por medio de la declaración de adhesión.

> **Ejemplos**: Quien es admitido mediante un auto, pero no está legitimado para la adhesión, no se convierte en acusador adhesivo; quien ha obtenido el dictado del auto recién después de la sentencia firme, pero se ha adherido antes en tiempo oportuno, sí se ha convertido en acusador adhesivo.

(22) Solo en el caso del § 395, inc. 3.° la admisión tiene efecto constitutivo.[1361]

(23) La declaración de adhesión puede retractarse y renovarse (a diferencia del caso del § 392). Ella pierde todo efecto con la muerte del acusador adhesivo (§ 402; no hay traspaso de la facultad de adherir a los parientes;[1362] distinto es en la acción privada, cf. *supra* nm. 13).

4. Derechos del acusador adhesivo

(24) Están enumerados de forma taxativa en el § 397. Él no puede solicitar, por ejemplo, que se le tome juramento a un perito (§ 79, inc. 2.°, 2.ª oración), que se protocolice la lectura de los documentos ni el motivo que condujo a ella (§ 255), o que se protocolicen declaraciones íntegramente (§ 271, inc. 3.°). En lo que concierne al importante derecho de requerir pruebas del acusador adhesivo, rigen en este sentido los mismos principios que respecto del acusado.[1363] Si algo depende de la renuncia o del acuerdo de la Fiscalía, el acusador adhesivo no es consultado al respecto (porque él ya no tiene los derechos de la Fiscalía; cf. *supra* nm. 18).

El acusador adhesivo conserva esos derechos incluso cuando, al mismo tiempo, tenga otro rol procesal; así, por ejemplo, cuando es coacusado (y se ha adherido por un hecho que no se le reprocha a él)[1364] o testigo (cf. § 397, inc. 1.°, 1.ª oración).

5. Recursos

a) Agravio

(25) El acusador adhesivo puede interponer recursos cuando sufre un agravio (§§ 400, inc. 1.°, 1.ª oración; 401, inc. 1.°, 1ª oración; 395, inc. 4.°, 2.ª oración).

1360. BGH, *StV* (1981), 535.
1361. OLG Düsseldorf, *NStZ* (1994), 49.
1362. *BGHSt* 44, 97.
1363. BGH, *NStZ* (2011), 713 en contra de BGH, *NStZ* (2010), 714 («una aplicación menos restrictiva de los limitados motivos de rechazo previstos en la ley»).
1364. BGH, *NJW* (1978), 330.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

En la medida en que la decisión se refiera a una ley penal que no legitime la intervención como acusador adhesivo, este último no tendrá agravio (§ 400, inc. 1.°).[1365] Por ello, excepcionalmente, la apelación debe fundarse, y el planteo sustantivo en la casación debe exponerse en detalle.[1366] El tribunal del recurso solo examina si han sido aplicadas correctamente las disposiciones sobre el delito de acción adhesiva.[1367]

La finalidad legítima de la adhesión pudo haber sido lograr un castigo más grave. Si ello no se alcanza, pese a que el acusador adhesivo ha sufrido en sí un agravio, la ley le impide sustentar un recurso (§ 400, inc. 1.°).[1368] A diferencia de la Fiscalía (§ 296, inc. 2.°), el acusador adhesivo no puede interponer recursos a favor del acusado.

b) Facultad de adherir

(26) Si el acusador adhesivo interpone casación, se examina de oficio su facultad de adherir, como presupuesto del procedimiento de casación.[1369] Si el acusado ha interpuesto casación con respecto a la acción adhesiva, tiene que plantear que faltó la facultad de adherir del acusador adhesivo. Es discutido si la sentencia puede apoyarse en ello.[1370] Es una ficción que el acusador adhesivo, mediante su cooperación (ocurrida erróneamente), podría haber procurado solo un mayor y mejor esclarecimiento, por lo que siempre podrían denegarse los recursos por este motivo. El acusador adhesivo también puede haber falseado el procedimiento de averiguación de la verdad.

(27) Si el acusador adhesivo esgrime con su casación que se lo ha excluido erróneamente, la sentencia se basa en este error cuando aquel, posiblemente, habría podido aportar hechos o medios de prueba de fundamental importancia.[1371]

c) Relación con otros recursos

(28) El acusador adhesivo es en sus decisiones independiente de la Fiscalía (§ 401, inc. 1.°, 1.ª oración). Cuando solo él es quien interpone recursos, puede decidir exclusivamente al respecto. El desistimiento (§ 303) o la revocación de la declaración de adhesión (§ 402) ponen fin al procedimiento recursivo. La Fiscalía, de todas maneras, debe intervenir en el proceso, pues solo ella continúa impulsándolo si el recurso del acusador adhesivo prospera (§ 401, inc. 4.°).

(29) Si solo el acusador adhesivo ha interpuesto apelación, pero luego no comparece ni él mismo, ni un abogado representándolo, la apelación se rechaza

1365. BGH, NStZ (1987), 221.
1366. BGH, NStZ (1988), 565; BGH, decisión de 22.3.2016 – 3.er StR 56/16, BeckRS 2016, 07789.
1367. *BGHSt* 41, 140, 144; 43, 15.
1368. Cfr. BGH, *NStZ-RR* (2019), 353.
1369. *BGHSt* 29, 216, 217.
1370. No: BGH, *NStZ* (1994), 26. A examinar caso por caso: KK-StPO/Senge, § 396 nm. 14.
1371. BGH, *NStZ* (1997), 97.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

(§ 401, inc. 3.°; igual que en el § 329, inc. 1.°). A diferencia de la situación en el § 321, inc. 1.°, 1.ª oración, la audiencia se celebrará, no obstante, cuando sea esperable una decisión favorable al acusado (cf. § 401, inc. 3.°: «sin perjuicio... del § 301»). Si otros interpusieron apelación y el acusador adhesivo no comparece, se celebrará la audiencia y se resolverá sin él.

IV. ACCIÓN CIVIL, §§ 403 SS.

1. Importancia

(30) El ofendido debe contar con la posibilidad de ejercer en el proceso penal sus pretensiones civiles contra el autor.[1372] Así, puede evitar un segundo proceso y ejercer su derecho más económicamente (la intervención de un abogado no es ineludible; por otra parte, las tasas son menores). Pero esto genera menos trabajo para los abogados y más e infrecuente trabajo para los jueces. El procedimiento de acción civil tiene poca relevancia en la práctica,[1373] y la reforma de 1986 no ha podido revivirlo (con la asistencia en los costos del proceso, la eliminación del tope en la cuantía del litigio ante el Tribunal Municipal, la admisibilidad ahora de las sentencias parciales o sentencias con reserva de liquidación[1374]). Mediante la Ley de Reforma al Derecho de la Víctima de 2004 se intentó reanimarlo una vez más (la decisión sobre la pretensión civil se convierte en la regla, § 406, inc. 1.º, 4.ª y 6.ª oración; el allanamiento a la pretensión y el acuerdo son ahora posibles, §§ 405; 406, inc. 2.º). Las reservas de la justicia penal persisten y son justificadas.[1375]

2. Admisibilidad

a) Presupuestos, §403

(31) El ofendido está legitimado para accionar incluso cuando no interviene en el proceso. A diferencia de lo que ocurría antes, basta aquí con una violación indirecta de derechos. En la medida que las pretensiones de la persona indirectamente ofendida tengan su origen directo en el hecho punible.[1376]

1372. Köckerbauer, *NStZ* (1994), 305.
1373. La estadística de la Administración de Justicia registró el año 2019, 2,922 sentencias definitivas en procedimientos de acción civil en el procedimiento penal, Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.3, 2020, p. 24. Cf. también los datos contenidos en MüKoStPO/Grau, § 403 nm. 3 ss.
1374. Cf. BGH, *NStZ* (2003), 46.
1375. Sobre la amplia reforma, MüKO/Grau, § 403 nm. 2; sobre los intereses civiles en el proceso penal, Sieber, FS Spendel, 757 ss.
1376. BGH, *NStZ-RR* (2019), 353, 354; *Meyer-Goßner/Schmitt* (2021), § 403 nm. 2 (con referencias adicionales).

Ejemplos: El arrendatario; aquel con derecho a alimentos según el § 844, inc. 2.º BGB.[1377]

También están legitimados para accionar los herederos (y el administrador de la quiebra, aunque es muy discutido[1378]), pero no los cesionarios de derechos individuales.

Ejemplos: El responsable de la Seguridad Social al que se transfiere la pretensión indemnizatoria; las aseguradoras de responsabilidad civil privadas.

(32) Debe tratarse de acciones patrimoniales que se originen en el delito, que aún no se hayan ejercido de otra manera y que pertenezcan a la competencia de los tribunales ordinarios (inc. 1.º).

Ejemplos: Resarcimiento de daños, daño moral,[1379] pretensiones de restitución y de omisión.[1380]

b) Requerimiento, § 404

(33) El requerimiento tiene los mismos efectos que la interposición de una demanda ante los tribunales civiles, es decir, la litispendencia (inc. 2.º; no recién a partir de la notificación, aunque es discutido).[1381] También puede solicitarse ayuda con las costas del proceso (§ 404, inc. 5.º; §§ 114 ss. ZPO).

3. Procedimiento

(34) El procedimiento se rige según las reglas de la StPO.[1382] El tribunal esclarece los hechos de oficio (§ 244, inc. 2.º); no está sujeto a una confesión (a diferencia del § 288 ZPO). El demandado, no obstante, puede disponer sobre la pretensión mediante su allanamiento (§ 406, inc. 2.º). No existe ninguna claridad, sin embargo, sobre cómo incide esto en la valoración jurídico-penal (§ 406, inc. 1.º, 1.ª oración). El demandado no tiene la carga de la prueba. El demandante tampoco debe exponer ni probar nada; esto rara vez le resulta ventajoso, teniendo en cuenta las reglas del derecho civil sobre inversión de la carga de la prueba, que no rigen aquí.

1377. En relación con el § 844 inc. 2.° BGB cf. BGH, *NStZ-RR* (2019), 353.
1378. Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 403 nm. 5.
1379. BGH, *NStZ* (1994), 26; sobre la sentencia con reserva de liquidación BGH, *NStZ* (2003), 46, así como también respecto de la determinación de la indemnización por daño moral en el procedimiento de acción civil en el procedimiento penal BGH, *NStZ* (2018), 25, con nota de *Rackow*; BGH, *NStZ-RR* (2018), 55.
1380. BGH, *NJW* (1981), 2062.
1381. Cf. BGH, *NStZ*-RR (2019), 96.
1382. *BGHSt* 37, 260, 261.

ISBN: 978-84-18432-78-1

DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

4. Decisión

(35) El tribunal acoge el requerimiento en la sentencia, total o parcialmente (§ 406); la sentencia parcial puede ser también una sentencia con reserva de liquidación (p. ej., sobre el daño moral).[1383] En caso contrario, prescinde de una decisión (§ 405). El requerimiento, por tanto, nunca se desestima o rechaza por «inadmisible» o «infundado».

a) Prescindencia de una decisión

(36) Se prescinde de la decisión:

- por razones objetivas, cuando no se declara al acusado culpable de un delito ni se le impone una medida de seguridad, o cuando el requerimiento es infundado (§ 406, inc. 1.°, 1.ª oración);
- por razones de economía procesal, cuando el requerimiento no parece adecuado para ser tramitado en el proceso penal, o cuando su tramitación dilataría considerablemente el proceso (§ 406, inc. 1.°, 4.ª y 5.ª oración; más estrictamente para el daño moral, 6.ª oración);[1384]
- cuando el requerimiento es inadmisible (§ 406, inc. 1.º, 3.ª oración).

La prescindencia de una decisión no tiene ningún tipo de efecto de cosa juzgada (§ 406, inc. 1.°, 3.ª oración). Tiene lugar mediante el dictado de un auto (§ 406, inc. 5.°).

(37) *b*) En caso contrario, el requerimiento es acogido (§ 406, inc. 1.°, 1.ª oración). Esto ocurre en la sentencia penal, que equivale a una sentencia en el litigio civil (§ 406, inc. 3.°, 1.ª oración). La oficina judicial del tribunal penal emite una copia ejecutable de la sentencia (§ 724 ZPO). La ejecución se rige según la ZPO (§ 406b).

5. Recursos, § 406a

(38) *a*) Contra el auto mediante el cual se prescinde de una decisión, es admisible queja inmediata que, no obstante, queda «superada» y pierde su objeto con el dictado de la sentencia sobre el fondo (§ 406a, inc. 1.°, 1.ª oración).

b) El accionante no puede en ningún caso interponer un recurso contra la parte jurídico-civil de la sentencia. O bien carece de agravio porque su requerimiento ha sido acogido, o bien no está impedido de ejercer la pretensión –respecto de la cual no se ha decidido– ante los tribunales civiles.

1383. *BGHSt* 44, 202.
1384. Cf. BVerfG, *NStZ-RR* (2020), 357, sobre un caso de una omisión arbitraria de la decisión sobre una pretensión de indemnización por daño moral.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

(39) *c*) El acusado puede impugnar la sentencia en su totalidad o solo la parte jurídico-civil. Para ello, dispone exclusivamente de los recursos de la StPO.

> **Caso**: El acusado ha sido condenado al pago de daño moral, y limita su casación a este punto. El tribunal de casación quiere darle la razón.

El tribunal revocará esa parte de la decisión, pero no la remitirá al juez de los hechos para un nuevo juzgamiento, sino que –de conformidad con el § 406, inc. 1.°, 3.ª oración– prescindirá de una decisión al respecto.[1385]

V. OTRAS FACULTADES DEL OFENDIDO, §§ 406D SS.

El ofendido debe ser informado lo más pronto posible y, regularmente, por escrito sobre sus facultades (cf. § 406i-k).

1. Derechos de participación

a) Comunicaciones, § 406d

(40) Si el ofendido solo ha formulado denuncia penal (§ 158, inc. 1.°), únicamente debe comunicársele el sobreseimiento del proceso (§ 171). Obtiene más información cuando solicita ser informado acerca del desarrollo y desenlace del proceso judicial (§ 406d, inc. 1.°). Este puede consistir en la no apertura del procedimiento principal, en un sobreseimiento (de conformidad con los §§ 153 ss. y 206a), o en la sentencia conclusiva, una vez que ha quedado firme. No está regulado cómo debe realizarse esto. No se le envía simplemente una copia de la decisión, sino una explicación comprensible del resultado.[1386] En caso de medidas privativas de la libertad en contra del imputado, el ofendido (solicitud mediante) puede acceder todavía a mayor información (§ 406d, inc. 2.°).[1387] En este sentido, él puede ser instruido (§ 406d inc. 3.°).

b) Asistencia jurídica, § 406f

(41) Todo ofendido puede (a su costa) hacerse asesorar y representar por un abogado, cuyos derechos se limitan a estar presente en el interrogatorio de su mandante. Además, puede ser admitida una persona de confianza (§ 406f,

---

1385. BGH, *NStZ* (1988), 237.
1386. KK-StPO/Zabeck, § 406d nm. 1.
1387. La Ley de Reforma al Derecho de la Víctima siguió de esta manera una Decisión marco de la UE del 15 de marzo de 2001.

inc. 3.°), incluso en los interrogatorios policiales (a diferencia del § 406f, inc. 2.°).[1388]

c) *Asistencia jurídica para potenciales acusadores adhesivos, § 406h*

(42) Más facultades posee el abogado como asesor de un ofendido habilitado para añadirse como acusador adhesivo (inc. 2.°). Los costos, al igual que los de la acción adhesiva, los soporta el acusado condenado (§§ 472, inc. 3.°, 1.ª oración; 473, inc. 1.°, 2.ª oración); a ello se suma la ayuda en las costas del proceso (inc. 3.°). Estos derechos no dependen de que la anexión como acusador adhesivo se concrete efectivamente.

2. Derecho a examinar las actuaciones, § 406e

a) *Extensión*

(43) Desde el comienzo del procedimiento de investigación, el ofendido puede acceder a todas las actuaciones a través de un abogado. El ofendido que no se encuentra representado por un abogado tiene el derecho a examinar las actuaciones según el § 406e inc. 3.°.[1389] Solo debe acreditar un interés especial –respecto del cual ni siquiera debe aún acreditarse su verosimilitud– cuando no pertenezca al círculo de aquellos que pueden sumarse al procedimiento como acusadores adhesivos (inc. 1.°). Este interés debe estar ya presente cuando a él únicamente le importe realizar o resistir las acciones civiles.[1390] A diferencia del supuesto del § 147, inc. 2.°, la vista del expediente puede denegarse incluso después de la finalización del procedimiento preliminar, si ella pone en peligro el fin de la investigación (inc. 2.°, 2.ª oración). El ofendido, que por regla debe aún declarar como testigo, no tiene permitido «prepararse» para ello.[1391] Entre los intereses contrarios con los cuales debe ponderarse el interés del ofendido (inc. 2.°, 1.ª oración), cuenta siempre, como elemento de peso, el derecho a la autodeterminación informativa de un imputado respecto del cual rige la presunción de inocencia.[1392] Además, no debe pasarse por alto que la consideración de los intereses contradictorios de terceros puede llevar a que se deniegue la posibilidad de examinar las actuaciones en virtud del inc. 2.º, 1.ª oración.[1393]

1388. En virtud de la OpferRRG, el ofendido, tiene además la posibilidad de servirse de un proceso de acompañamiento psicológico-social (§ 406g), véase detalladamente Niehaus, *StV* (2017), 55.

1389. Las actuaciones, por otro lado, pueden ponerse a disposición de un abogado para su inspección, cf. 32 f inc. 2.°, 3.ª oración.

1390. Cf. Sieber, FS Spendel, (1992), 772; una posición más estricta, Otto, *GA* (1989), 301 ss.

1391. Cf. OLG Düsseldorf, *StV* (1991), 202; Schlothauer, *StV* (1987), 356.

1392. BGH, *StV* (2012), 327, 328 («punto principal de la motivación de la ley»).

1393. Cf. BGH, *StV* (2012), 327 («sobre la negativa a examinar las actuaciones en un procedimiento, en relación con el ataque aéreo de Kunduz con el fin de proteger a los soldados de la Fuerza Internacional

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

b) Decisión

(44) En el procedimiento de investigación, quien resuelve la solicitud de examinar las actuaciones es el fiscal (§ 406e, inc. 4.°, 1.ª oración). Si la solicitud es denegada, puede acudirse al tribunal (2.ª-4.ª oración), cuya decisión de denegar o admitir la vista de las actuaciones es inimpugnable para todos los intervinientes en el procedimiento (2.ª oración).[1394] Si la Fiscalía quiere otorgar vista de las actuaciones al ofendido, el imputado puede defenderse contra ello; el § 161a, inc. 3.°, 2ª-4ª oración se aplica en este caso analógicamente.[1395]

VI. INDEMNIZACIÓN

1. Víctimas de hechos violentos

(45) La Ley sobre Indemnización de Víctimas de Hechos Violentos (OEG) del 7 de enero de 1985 reconoce una pretensión a quien ha padecido un daño en la salud mediante un ataque violento, doloso y antijurídico o en defensa legítima de tal ataque, mediante el suministro de veneno o un delito cometido a través de un medio peligroso. El afectado obtiene atención (rehabilitación, jubilación) de conformidad con la Ley Federal de Asistencia.[1396]

2. Resarcimiento de daños

(46) El resarcimiento de daños estaría en riesgo si el autor debiera satisfacer primero todas las pretensiones del Estado. Por eso, puede morigerársele el pago de las penas de multa (§ 459a, inc. 1.°, 2.ª oración; sobre la prescindencia de pena en caso de una conciliación entre autor y víctima, § 46a StGB).

3. «Ayuda en la recuperación»

(47) Los §§ 459h y ss. tienen en cuenta la reforma a la recuperación penal de activos[1397] con miras a los intereses del ofendido. El § 459h consagra a favor del ofendido un derecho sustantivo a la restitución del objeto patrimonial obtenido, o respectivamente, de su valor. En este sentido, el decomiso del objeto debe ser

---

de Asistencia para la Seguridad (ISAF, por sus siglas en inglés) y los informantes que colaboran con ellos»).

1394. BGH, *NStZ* (1991), 95.
1395. *BGHSt* 39, 112, 115 ss.; Otto, *NStZ* (1993), 352.
1396. En detalle, Röhmel, *JA* (1977), 39 y 87.
1397. Ley sobre Reforma de la Recuperación Penal de Activos de 13 de abril de 2017, *BGBl*. I, 872.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

ordenado forzosamente según los §§ 73 y ss.[1398] El procedimiento se encuentra regulado en los §§ 459i y ss.[1399]

4. Ley Sobre el Aseguramiento de la Pretensión de la Víctima

(48) Los acusados que comercializan su historia a través de los medios afrontan con esos ingresos los honorarios de sus abogados, etc. Para proteger al ofendido, esta ley (del 4 de marzo de 1998) ha creado un derecho prendario sobre estos importes.[1400]

Casos y preguntas

258. ¿Cuándo entra en consideración el procedimiento de acción privada?
259. ¿Cuándo es posible ejercer una acción adhesiva?
260. ¿Qué facultades le corresponden al ofendido?

Comentarios desde la perspectiva española

Como se dijo en el § 20 dedicado a los intervinientes en el proceso penal, la posición del ofendido en el proceso penal español es ciertamente diferente a la que ocupa en Alemania, en tanto que el ofendido por el delito tiene derecho a ser parte en el proceso penal y ello tanto para la exigencia de responsabilidad penal, como acusador particular o privado, como la civil, actor civil. Corresponde pues explicar, aunque sea sin entrar en excesivos detalles, cuál es la posición del ofendido en el proceso penal; posición que se ha visto además más matizada por la aprobación del Estatuto de la Víctima del Delito, que así da cumplimiento a la transposición de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 , por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

En el ordenamiento español, frente a otros ordenamientos, no existe un monopolio de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal, sino que se comparte con la víctima del delito (ofendido por el mismo), como veremos, y con cualquier ciudadano (acusación popular), en los casos y bajo las condiciones legalmente previstas. Como indica el art. 101 Lecrim: «La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripcio-

1398. Meyer-Goßner/Schmitt (2021), § 459 nm. 1.
1399. Al respecto, Köhler/Burkhard, *NStZ* (2017), 665, 679 ss.
1400. Cf. Lüderssen, *StV* (1999), 65 ss.

nes de la Ley», con las limitaciones expresamente previstas en los arts. 102 y 103 Lecrim.

I. LA ACUSACIÓN PARTICULAR

La víctima, es decir, la persona ofendida por el delito, titular del bien jurídico lesionado por el mismo puede, así como las consideradas víctimas indirectas, en virtud del art. 24 CE al proclamar el derecho a la tutela judicial efectiva, ejercer la acción penal, planteando su acusación contra la persona presuntamente responsable del hecho delictivo, y, además, hacerlo sin supeditación alguna a lo que decida el fiscal, ni subordinación a su teoría del caso; es decir, es una parte acusadora completamente independiente, con plenos derechos y obligaciones. Así se reconoce en el art. 110 Lecrim: «Las personas perjudicadas por un delito que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa…».

Este derecho, en cuanto que arraigado en la tutela judicial efectiva, no tiene limitaciones, como sí las tiene la acción popular, en función de la nacionalidad de la persona, de forma que corresponde a todas las personas físicas, en pleno ejercicio de sus derechos civiles o actuando a través de su representante, o jurídicas, españolas o extranjeras, incluso sin residencia legal en España. De este derecho deberá informársele en el primer contacto con las autoridades, determinada su condición de ofendido, particularmente por la policía.

La persona ofendida por el delito puede presentar la querella, directamente, a través de la que junto con la *notitia criminis* manifiesta su voluntad de presentar acusación (art. 270. 1 Lecrim); o personándose en una causa ya iniciada y manifestar dicha voluntad a partir del ofrecimiento de acciones (art. 109 Lecrim), siempre antes del trámite de calificación (arts. 109 bis y 110 Lecrim). Si se personasen una vez transcurrido el término para formular escrito de acusación podrán ejercitar la acción penal hasta el inicio del juicio oral adhiriéndose al escrito de acusación formulado por el Ministerio Fiscal o del resto de las acusaciones personadas.

Cuando exista una pluralidad de víctimas, todas ellas podrán personarse independientemente con su propia representación. Sin embargo, en estos casos, cuando pueda verse afectado el buen orden del proceso o el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el juez o tribunal, en resolución motivada y tras oír a todas las partes, podrá imponer que se agrupen en una o varias representaciones y que sean dirigidos por la misma o varias defensas, en razón de sus respectivos intereses.

La acción penal también podrá ser ejercitada por las asociaciones de víctimas y por las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas, siempre que ello fuera autorizado por la víctima del delito.

ISBN: 978-84-18432-78-1

DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Cuando el delito o falta cometida tenga por finalidad impedir u obstaculizar a los miembros de las corporaciones locales el ejercicio de sus funciones públicas, podrá también personarse en la causa la Administración local en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho punible.

II. LA ACUSACIÓN PRIVADA

Estamos ante la segunda posibilidad de ejercicio de la acción penal por el ofendido por el delito, procedente en los casos de delitos privados, que en nuestro ordenamiento son calumnias e injurias contra particulares. Al tratarse de delitos privados, la única parte acusadora será el particular ofendido por el delito, sin posibilidad de intervención del Ministerio Fiscal.

Además, rigen los principios de oportunidad y dispositivos, de forma que puede producirse un acuerdo o conciliación entre las partes (art. 278 Lecrim), el acusador puede renunciar al ejercicio de la acción (arts. 106, 107 y 112), e incluso cabe el perdón, salvo que en el proceso hubiera menores o incapaces, en cuyo caso se requiere la aprobación judicial.

III. EL ACTOR CIVIL

El ofendido por el delito puede exigir también la responsabilidad civil derivada del delito y puede hacerlo en el mismo proceso penal, acumulando ambas pretensiones, o reservarse el derecho para un proceso civil estrictamente. Tanto el ofendido como el perjudicado por el hecho delictivo tienen legitimación para el ejercicio de la acción.

IV. LA POSICIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

Como acabamos de indicar, una nota característica y distintiva del ordenamiento español es la posibilidad de que la víctima del delito, tanto la víctima directa como indirecta de acuerdo con lo establecido en el art. 2 del Estatuto de la Víctima del Delito, tiene derecho a participar en el proceso penal ejerciendo la acción penal en los delitos públicos y semipúblicos (acusación particular) y en los delitos privados (acusación particular). Pero no es esta la única forma de participación en el proceso penal, sino que la aprobación del Estatuto de la Víctima del Delito pone de manifiesto que la víctima es titular de toda una serie de derechos, de ejercicio en el proceso penal, que determinan su estatuto procesal penal. Si bien no podemos detenernos detalladamente en ellos, si queremos matizar que, a este respecto, las diferencias con otros ordenamientos no deberían ser muchas, pues este estatuto procesal, salvedad hecha del ejercicio de la

acción penal propiamente dicho, es el resultado de la trasposición de la citada Directiva de 2012, sobre víctimas. Dentro de este derecho a la participación en el proceso penal, se le reconoce la posibilidad de comparecer ante las autoridades encargadas de la investigación para aportarles fuentes de prueba e información que estime relevantes; a que se le comunique la decisión de sobreseimiento de la investigación, dándole la oportunidad de recurrir dicha decisión; el derecho a participar en la ejecución, siendo oída previamente a que el juez de vigilancia penitenciaria tome ciertas decisiones; el derecho al reembolso de los gastos; o el derecho a acceder a los servicios de justicia restaurativa, entre otros.

La consideración de víctima, aunque no se diga expresamente, no se condiciona a que se identifique o no al presunto responsable del hecho delictivo, se le haya detenido, acusado o condenado, pues se es víctima del delito y, lo que es más importante, el reconocimiento de sus derechos o de ciertos derechos no puede depender de la existencia de un imputado o acusado. Tampoco depende de la nacionalidad de la víctima ni de la legalidad de su situación, pues se aplica a todas las víctimas de delitos cometidos o que puedan ser perseguidos en España.

El Est.Vict., como afirma en su propia exposición de motivos, nace con «vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos…», por ello reconoce un conjunto de derechos a favor de toda víctima de un delito. Así, desde una perspectiva general, y de forma similar a la Directiva 2012, en su art. 3 reconoce a toda víctima el derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con la autoridad, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, y a lo largo de todo el proceso penal, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del mismo; derechos estos que son desarrollados y concretados a lo largo del articulado siguiente sin depender, y creemos que es importante decirlo, de su posición en el proceso, cobrando así la víctima una dimensión extraprocesal más amplia.

Así a la víctima se le reconocen unos «derechos básicos», entre los que destaca el derecho a entender y ser entendido en las actuaciones penales o el muy importante derecho a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes y a a la información sobre el estado de la causa; a ellos se añade el derecho a la protección de la víctima.

Además, caso de considerar que se trata de una víctima vulnerable, el Estatuto le otorga un plus de protección, con derechos tan importantes como el de tomarle declaración en dependencias especialmente concebidas para evitar su victimización, o incluso a la preconstitución de la prueba.

V. INDEMNIZACIÓN A LA VÍCTIMA DEL DELITO

Como hemos indicado, la legislación española permite a la víctima solicitar la indemnización por el padecimiento del delito frente al victimario a través de la

posibilidad de ejercer la acción civil derivada del delito, tanto acumuladamente a la acción penal como de forma separada en el proceso civil correspondiente. Este derecho, proclamado tanto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal como en el Estatuto de la Víctima, se concreta en las pretensiones de reparación, la restitución de la cosa y la indemnización por los daños y perjuicios sufridos; derecho que, como ya hemos indicado, es objeto de información por las autoridades policiales y judiciales.

Junto a esta posibilidad, encontramos en el ordenamiento español determinas normas concretas, previstas para víctimas de delitos concretos, que permiten solicitar del Estado una indemnización. El art. 28 Est.Vict. del delito reconoce el papel de las oficinas de asistencia a las víctimas del delito en la información al respecto a todas las víctimas. Así, encontramos las siguientes normas:

- Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual;
- Ley 5/2018, de 17 de octubre, para la protección, reconocimiento y memoria de las víctimas del terrorismo;
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género;
- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia;
- Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Capítulo 40. Las costas del proceso

I. CONCEPTO

(1) Toda sentencia, todo mandato penal y todo auto que pone fin definitivamente al proceso debe contener una decisión acerca de quién soportará las costas del proceso y los gastos necesarios (§ 464, inc. 1.° y 2.°).

(2) «Las costas del proceso son las tasas y los gastos del erario público» (texto del § 464a, inc. 1.°, 1.ª oración). Los *gastos necesarios* de un interviniente en el proceso no forman parte de ellas.

II. CUANTIFICACIÓN

(3) Las *tasas* se calculan de forma global. Son fijadas por la Fiscalía (§ 19, inc. 2.° GKG). «En asuntos penales, las tasas judiciales para todas las instancias se cuantifican según la pena impuesta con autoridad de cosa juzgada» (texto de la observación previa al 3.1. GKG Anexo 1 –KVGKG– índice de costas núm. 3.1).

> **Ejemplos**: En caso de condena a pena de multa de hasta 180 importes diarios, ascienden a € 155; en caso de condena a pena de prisión de hasta cuatro años, ascienden a € 620.

(4) Los *gastos* se orientan según los desembolsos que efectivamente se han hecho (cf. KVGKG núm. 9000 ss.). Forman parte de esto las indemnizaciones que deben pagarse a testigos y peritos (cf. ZuSEG), así como los honorarios de un defensor de oficio (cf. RVG).

(5) Los *gastos necesarios* comprenden sobre todo los desembolsos para medidas de defensa (cf. 464a, inc. 2.°; el núm. 2 regula vía remisión solo el alcance y el importe de la indemnización).

ISBN: 978-84-18432-78-1

DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

III. EL OBLIGADO A CARGAR CON LAS COSTAS

(6) El acusado soporta las costas cuando ha sido declarado culpable o cuando se le ha impuesto una medida de seguridad (§ 465, inc. 1.°). Con su acción típica y antijurídica, él ha dado lugar a la persecución penal.[1401] Esta opinión completamente dominante es objetable por muchos aspectos: impulsar la persecución penal de oficio es tarea del Estado, y sobrecargar adicionalmente al condenado no sirve ni a la resocialización del autor ni a los intereses de la víctima.[1402]

(7) El *erario público* carga con las costas y los gastos necesarios del acusado, cuando este ha sido absuelto o cuando no se ha abierto el procedimiento principal en su contra; lo mismo vale en caso de un sobreseimiento del proceso por un impedimento procesal o conforme al principio de oportunidad (§ 467, inc. 1.°).

(8) Existen excepciones al respecto. En caso de un sobreseimiento de acuerdo con el § 153a, el tesoro público carga con las costas, pero no con los gastos necesarios del inculpado (§ 467, inc. 5.°). La regulación también se impone en el inc. 3.°, 1.ª oración (autodenuncia). Por lo demás, el tribunal *puede* decidir que el inculpado asuma sus gastos necesarios cuando este se hubiera autoincriminado mediante una declaración falsa, contradictoria o incompleta (inc. 3.°, núm. 1); cuando un impedimento procesal obste a la condena de un culpable (si la culpabilidad se mantiene como dudosa, rige el inc. 1.°); o cuando se hubiera sobreseído conforme a una norma discrecional (inc. 4.°; §§ 153 ss.). En el último supuesto mencionado, puede tener incidencia la intensidad de la sospecha.[1403]

IV. COSTAS Y GASTOS EN LOS RECURSOS

(9) Las costas de un recurso que no ha tenido éxito las soporta aquel que lo ha interpuesto (§ 473, inc. 1.°, 1.ª oración). El condenado, por tanto, corre con el riesgo de que la decisión definitiva no sea adoptada en la primera instancia.[1404] Para el «éxito» de un recurso interesa la decisión definitiva sobre el fondo (una remisión, por ejemplo, según el § 354, inc. 2.° es solo un éxito parcial, en el cual no se decide sobre las costas en absoluto).

(10) El caso del recurso interpuesto sin restricción alguna y plenamente exitoso está regulado solo de forma indirecta: las costas y los gastos necesarios los soporta el erario público (para un caso especial, § 473, inc. 2.°, 2.ª oración).

1401. BVerfGE 18, 302, 304; BVerfG, *EuGRZ* (1986), 439.
1402. En detalle, Hassemer, *ZStW* 85 (1973), 651.
1403. TEDH (1988), 3257; en contra, acertadamente, Kühl, *NJW* (1988), 3233; BVerfG, *NStZ* (1990), 598 (con nota *crítica* de Paulus).
1404. *BGHSt* 17, 376, 381.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Casos y preguntas

261. ¿Qué se entiende por el concepto de «costas del proceso»?
262. A es condenado por el LG Múnich a cinco años de prisión por homicidio. ¿Quién paga los honorarios de su defensor de oficio?

Comentarios desde la perspectiva española

Las costas, es decir, los gastos generados en el proceso penal que deben ser asumidos por las partes, se componen de los siguientes elementos:

– Gastos de asistencia extrajudicial
– Honorarios de abogado al detenido o preso
– Honorarios de abogado en el proceso penal
– Aranceles al procurador
– Honorarios del perito, oficial o privado
– Gastos por la inserción de anuncios o edictos
– Gastos de los depósitos necesarios para la interposición de los recursos
– Gastos por la obtención de copias, testimonios, instrumentos y actas notariales
– Gastos por los derechos arancelarios, en su caso, por otorgamiento de escrituras públicas u obtención de notas, certificaciones del Registro

La regla general para la imposición de las costas en el criterio objetivo o del vencimiento se impone a quien no ve atendida su pretensión. Ello no obstante, la ley permite también su imposición conforme a un criterio subjetivo, en virtud del cual se imponen a la parte que ha actuado con temeridad o mala fe. Igualmente, es posible la imposición de oficio, es decir, que se asuman por el Estado.

Los abogados, procuradores, peritos y testigos pueden reclamar directamente el pago a las partes, salvo que goce del beneficio de asistencia jurídica gratuita, pudiendo exigirlo ante el incumplimiento por vía de apremio. La tasación de costas, que corresponde al letrado de la Administración de Justicia, puede impugnarse por considerar que se han incluido conceptos que no forman parte de la misma o considerarse excesivas.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Indicaciones para la solución de casos y preguntas

(1) Verdad, justicia y paz jurídica
Cf. § 3 nm. 1 ss.

(2) El proceso penal se divide en un proceso de conocimiento (§§ 1-444) y un proceso de ejecución (§§ 449 ss.). El caso normal del proceso de conocimiento es el proceso ordinario de conocimiento (§§ 1-358). Además, hay clases especiales de procedimientos (§§ 407-444). El proceso de conocimiento ordinario (o normal) consta de tres estadios: el procedimiento de investigación, el procedimiento intermedio y el procedimiento principal. El procedimiento de investigación culmina con un sobreseimiento o con la interposición de la acusación. A continuación, sigue el procedimiento intermedio. El tribunal rechaza la apertura del procedimiento principal o admite la acusación. Luego tiene lugar el procedimiento principal con el juicio oral. Este termina con una sentencia. En caso de que sea impugnada, sigue el procedimiento recursivo.
Cf. § 4 nm. 1.

(3) Una vez que se interpone la acusación, el imputado se llama «inculpado», § 157. Cuando se abre el procedimiento principal, se llama «acusado».
Cf. § 4 nm. 1.

(4) La GVG. Ella establece qué tribunales hay, cómo se integran y qué competencias tienen.
Cf. § 5 nm. 5.

(5) Los escabinos son jueces legos, que junto con los jueces profesionales tienen competencia penal ante los Tribunales Municipales y Estaduales. Tienen todos los derechos judiciales –limitados al juicio oral– como, en especial, un derecho pleno a preguntar y votar; §§ 30, 77 GVG.
Cf. § 5 nm. 15.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

(6) El Tribunal Municipal está conformado por el juez individual y el Tribunal de Escabinos. La competencia del juez individual se determina «positivamente» en el § 25 GVG. Tiene competencia material para delitos leves (§ 12, inc. 2.º StGB), en los cuales es esperable una pena de hasta dos años, § 25, n.º 2 GVG. Esta evaluación resulta de una decisión aproximada, equiparable a un pronóstico. Si se confirma la competencia material, la competencia sancionadora del juez penal se eleva hasta los cuatro años, § 24 inc. 2.º GVG.
Para hechos penales, en los cuales es esperable una pena de hasta cuatro años, es competente el Tribunal de Escabinos, §§ 24, 25, 28, 29 GVG. El Tribunal se integra con un juez profesional y dos jueces legos, § 29, inc. 1.º GVG.
Cf. § 5 nm. 9 ss.

(7) El Tribunal Estadual es competente, primero, como tribunal de primera instancia para los delitos graves mencionados en el § 74, inc. 2.º GVG y para delitos graves y leves, cuando la expectativa de pena fuere superior a cuatro años de prisión, § 74, inc. 1.º, 2.ª oración, 1.ª alternativa GVG, o cuando la Fiscalía, en razón de la especial importancia del caso, haya presentado la acusación ante el Tribunal Estadual, § 74, inc. 1.°, 2.ª oración, 2.ª alternativa GVG.
Además, existen el Tribunal de Jurados, la Cámara en lo Penal Económico y la Cámara de Protección del Estado. También puede constituirse una Cámara de Protección para la Juventud.
Como tribunal de segunda instancia, el Tribunal Estadual es competente como Pequeña Cámara Penal para las apelaciones contra sentencias del Tribunal Municipal. La Gran Cámara Penal decide sobre las quejas contra disposiciones del juez ante el Tribunal Municipal y autos de este Tribunal.
Cf. § 5 nm. 12 ss., 17.

(8) Puede interponer apelación de conformidad con el § 312 ss. para que resuelva el Tribunal Estadual o casación *per saltum* para que lo haga el OLG, § 335, inc. 1.º; § 121 inc. 1.º, n.º 1 GVG. Contra sentencias del Tribunal Estadual solo tiene la posibilidad de interponer casación para motivar la decisión del BGH.
Cf. § 5 nm. 18 s.

(9) La Fiscalía está organizada jerárquica y monoJáticamente (§§ 142, 144, 147 GVG).
Cf. § 6 nm. 2 s.

(10) El fiscal superior director y el fiscal general respectivamente.
Cf. § 6 nm. 2.

(11) La Fiscalía Federal es dirigida por el procurador general federal. Ella representa la acusación en procesos ante el BGH. Junto con ello tiene una competencia especial de conformidad con el § 142a GVG.
Cf. § 6 nm. 2.

(12) No. Entre ellas no existe una relación de jerarquía o subordinación.
Cf. § 6 nm. 2.

(13) Sí. En razón del derecho de sustitución, el fiscal superior director X está facultado para encomendar a otro fiscal que actúe como representante en la audiencia (§ 145, inc. 1.º, 2.ª alternativa). Como fiscal superior director, X también está facultado, en virtud del derecho de devolución, para asumir por sí mismo la representación de la acusación en el juicio oral (§ 145, inc. 1.º, 1.ª alternativa).
Cf. § 6 nm. 5 s.

(14) No, porque no es fiscal.
Cf. § 6 nm. 6.

(15) Se deben mencionar el principio acusatorio, el principio de legalidad, el principio de oportunidad y el principio de oficialidad.
Cf. § 6 nm. 7 ss.

(16) Porque de conformidad con el § 160 inc. 2.º está obligada a la objetividad, es decir, también debe realizar investigaciones de descargo.
Cf. § 6 nm. 10.

(17) En principio, de conformidad con el § 146 GVG, los funcionarios de la Fiscalía deben seguir las instrucciones oficiales de su superior. Sin embargo, la directiva no debe violar el principio de legalidad. No deben impartirse instrucciones ilícitas. Como en el presente caso el fiscal K tiene reparos insuperables contra la licitud de la instrucción de sus superiores, debe objetar (§§ 63, inc. 2.º BBG, 36 inc. 2.º BeamtStG), es decir, exponer sus reservas al superior o dirigirse contra esa decisión al superior más próximo. Si la instrucción se mantiene, y el fiscal K cree que no podrá conciliar el cumplimiento de la directiva con su conciencia, puede negarse a obedecer, debido a que los fiscales tienen derecho a no ser obligados a actuar en contra de sus convicciones personales. Entonces, el conflicto debe resolverse a través del derecho de sustitución y devolución.
Cf. § 6 nm. 11.

(18) Cf. § 6 nm. 12; § 12 nm. 5.

(19) La Fiscalía pertenece al Poder Ejecutivo, pero al mismo tiempo tiene una fuerte afinidad hacia la judicatura. En razón de este doble rol, se considera

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

a la Fiscalía como un «órgano de la Administración de Justicia» relativamente independiente.
Cf. § 6 nm. 13.

(20) La Oficina Criminal Federal, la Oficina Federal para la Protección Constitucional y la Policía Federal.
Cf. § 7 nm. 2 s.

(21) La policía puede entrar en acción de dos maneras. De conformidad con el § 161, inc. 1.º, 2.ª oración debe realizar investigaciones por requerimiento o encargo de la Fiscalía. Además, está obligada a intervenir por sí misma cuando existe la sospecha de un delito (principio de legalidad). Tiene el «derecho a la primera intervención», § 163.
Con más detalle, cf. § 7 nm. 5 ss.

(22) La policía puede actuar de manera preventiva (sobre la base de las leyes policiales y de seguridad estaduales) y represiva (sobre la base de la StPO).
Cf. § 7 nm. 8.

(23) El derecho de la Fiscalía de dar instrucciones a la policía existe solamente respecto de su función represiva. En la medida en que la policía persigue tanto objetivos represivos como preventivos, habrá que determinar el énfasis de la actividad policial o, en caso de duda, dejar la decisión en manos de la policía. Por lo tanto, en los casos límite la Fiscalía se abstendrá de hacerlo.
Cf. § 7 nm. 9.

(24) La policía tiene diversas potestades represivas (de intervención), algunas de las cuales están reservadas a los investigadores de la Fiscalía (§ 152 GVG): En particular, (en caso de peligro inminente) estos pueden ordenar decomisos y cateos (§ 98 inc. 1.º, 1.ª oración, § 105 inc. 1.º, 1.ª oración). Todos los agentes de policía están autorizados, en particular, a efectuar detenciones provisionales (§§ 127 inc. 1.º y 2.º; 163b inc. 1.º, 2.ª oración) y a llevar a cabo medidas de identificación (§§ 81b, 163b inc. 1.º).
Cf. § 7 nm. 9.

(25) Los funcionarios policiales que desarrollan tareas de investigación están obligados directa y personalmente a cumplir los encargos de la Fiscalía (cf. § 152, inc. 1.º GVG). Además de ello, determinados derechos de coerción que están reservados al juez y la Fiscalía, como por ejemplo, la extracción de una muestra de sangre (§ 81a, inc. 2.º), registros (§ 105, inc. 1.º), etc., solo están a disposición de los funcionarios auxiliares de la Fiscalía y no de los demás policías.
Cf. § 7 nm. 6.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

(26) La Fiscalía, § 163, inc. 2.º, 1.ª oración.
Cf. § 8 nm. 1.

(27) En el procedimiento preliminar, un juramento solo es posible de manera excepcional, §§ 59, inc. 1.º; 62. Sin embargo, no debe realizarlo el fiscal por sí mismo, § 161a, inc. 1.º, 3.ª oración, sino que debe dirigirse al juez de investigación, § 162, inc. 1.º, 1.ª oración. De conformidad con el § 162, inc. 2.º, el juez de investigación tiene que examinar de forma independiente la admisibilidad del juramento solicitado.
Cf. § 8 nm. 2.

(28) Existe una sospecha inicial, una sospecha suficiente y una sospecha vehemente.
Cf. § 8 nm. 3.

(29) Cuando tienen una sospecha (inicial). Meras suposiciones y posibilidades, que no están respaldadas por indicios fácticos concretos, no son suficientes.
Cf. § 8 nm. 5.

(30) La denuncia penal y la instancia de persecución penal están reguladas en el § 158. La denuncia penal es la mera comunicación de una serie de hechos que sugieren un delito. Por el contrario, la instancia de persecución penal contiene además el deseo de que las autoridades de la persecución penal investiguen y acusen. Aquí ha de distinguirse la instancia de persecución penal que surge del § 158, inc. 1.º de la que está prevista en el § 158, inc. 2.º. La instancia de persecución penal del inc. 1.º puede realizarla cualquiera. La instancia de persecución penal del inc. 2.º solo se exige para determinados delitos.
Cf. § 8 nm. 7.

(31) En los delitos de instancia es necesaria una petición del ofendido para la persecución penal. Por lo tanto, la instancia de persecución penal es un presupuesto procesal (cf. al respecto § 158 inc. 2.º, §§ 77 ss. StGB). A diferencia de los delitos perseguibles de oficio, aquí el ofendido puede obstaculizar la marcha de la investigación retirando la instancia de persecución.
Cf. § 8 nm. 8 s.

(32) La opinión dominante responde afirmativamente cuando por el tipo y las dimensiones del delito se vean afectados, en una medida especial, intereses públicos y de la población en general (discutido).
Cf. § 8 nm. 11.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

(33) Imputado es el sospechoso contra el cual se sigue un proceso en dicha calidad. Para ello no basta solo con la intensidad de la sospecha, sino que además es necesario un «acto de voluntad» de las autoridades.
Cf. § 9 nm. 1 ss.

(34) Un interrogatorio informativo está permitido cuando todavía no se sabe si la persona será interrogada como testigo o como imputado. Por este motivo, en el interrogatorio informativo no hay un deber de instruir. Sin embargo, este no es el caso aquí. La sospecha ya se había concretado sobre el titular del vehículo, por lo tanto, debe considerárselo imputado. No se trató de un interrogatorio informativo. La valoración propuesta por el fiscal fracasa en virtud del § 136.
Cf. § 9 nm. 6 s.

(35) El contenido del deber de instrucción surge del § 136, inc. 1,º, 2,ª oración ss.
Cf. § 9 nm. 9 s.

(36) No. El § 136 contiene el derecho de consultar con un defensor, que también comprende la posibilidad de este de acceder a su mandante. De los §§ 136, 163a, inc. 4.º, 2.ª oración se deduce una prohibición de valoración absoluta de la declaración en el juicio oral.
Cf. § 9 nm. 9 ss.

(37) El § 136a protege la libre voluntad de decisión y de actuación del imputado. Este debe tener la posibilidad de decidir con libertad si, qué y cuánto declara.
Cf. § 9 nm. 13.

(38) La conducta de la policía no fue legal. Ella violó los §§ 136a, inc. 1.º, 1.ª oración; 163a inc. 4.º, 2.ª oración. Una valoración de esta declaración es contraria a los §§ 136a inc. 3.º, 2.ª oración; 163a inc. 4.º, 2.ª oración.
En la variante tampoco puede ser valorada la declaración del imputado, porque ello infringiría el § 136a inc. 1.º, 1.ª oración. En principio, una infracción del § 136a, inc. 1.º no tiene como resultado un efecto ulterior, pero ello no debe valer para las declaraciones obtenidas mediante amenaza o tortura. Para que la declaración pueda ser valorada se requiere una «instrucción cualificada», a tal extremo que la información brindada con anterioridad no puede valorarse. Por otra parte, el BGH considera suficiente que el imputado en su segunda declaración sea consciente de su posibilidad de decidir sin necesidad de una instrucción cualificada. En contra de ello, la opinión dominante exige, de manera muy general y con acierto, una «instrucción cualificada» en el caso en el que previamente se haya infringido el § 136a, ya que de otro modo se violaría la prohibición de valoración.
Cf. § 9 nm. 14, 18 ss., 26.

(39) No, solo es de imposible valoración la declaración en sí; si ella contiene indicios de otros medios de prueba, ellos pueden ser empleados (discutido).
Cf. § 9 nm. 27 s.

(40) En el procedimiento de investigación, el imputado no tiene un derecho a ser oído, es decir, el fiscal y la policía no están obligados a garantizarlo, ni tiene un derecho a formular preguntas. Tampoco existe un derecho fundamental a estar presente; en el procedimiento de investigación, el imputado puede estar presente durante ciertas diligencias en su contra.
Por el contrario, en cada estadio del proceso le asiste el derecho de defensa. Además, en todo momento puede formular requerimientos de prueba. Finalmente, también tiene el derecho a guardar silencio; en el procedimiento de investigación, sin embargo, la Fiscalía y la policía pueden extraer conclusiones de su silencio.
Cf. § 9 nm. 30 s.

(41) En el procedimiento de investigación, el imputado debe presentarse ante la Fiscalía (§ 163a, inc. 3.º, 1.ª oración) y ante el juez de investigación (§ 133). Sin embargo, no está obligado a comparecer ante la policía (§ 163a, inc. 3.º, 1.ª oración, *a contrario sensu*).
Cf. § 9 nm. 36.

(42) Como fundamento de la medida entra en consideración únicamente el § 81a. Sin embargo, el imputado no está obligado a colaborar, sino solamente a tolerar la medida de investigación ordenada en su contra. Por lo tanto, no tiene que «soplar» y tampoco debe ser obligado a ello. (Sin embargo, a partir de la nueva regulación del 2017, la policía podría ordenar la toma de muestras de sangre sin necesidad de una orden judicial, las cuales entonces tendrían que ser soportadas por los imputados, cf. § 81a inc. 2.º, 2.ª oración.)
Cf. § 9 nm. 37, § 10 nm. 24.

(43) Sí, en virtud de los §§ 161, inc. 1.º, 1.ª oración; 163, inc. 1.º, 2.ª oración. De acuerdo con ellos, pueden realizar investigaciones de todo tipo, en tanto otras disposiciones legales no regulen de manera especial sus competencias. Con esto, sin embargo, no se renuncia al principio (prescrito constitucionalmente –reserva de ley así como mandato de determinación–) de la autorización especial para la intervención, porque esta cláusula general de investigación solo permite injerencias, cuyo grado de intervención evidentemente se encuentra por debajo del requerido para las medidas expresamente reguladas. Ejemplos de ello son la observación por poco tiempo, así como, según la opinión dominante, el empleo de informantes y personas de confianza.
Cf. § 10 nm. 1 ss.

(44) La prisión preventiva debe asegurar la presencia del imputado, impedir la manipulación de fuentes probatorias y garantizar una posible ejecución.
Cf. § 10 nm. 6.

(45) En un sentido formal, es necesaria una orden de detención escrita por del juez competente (§ 114) en virtud del § 125. Desde un punto de vista material, el § 112 presupone una sospecha fuerte, la existencia de motivos de detención y la proporcionalidad.
Cf. § 10 nm. 7 ss.

(46) De acuerdo con su texto, el § 112, inc. 3.º permite emitir una orden de detención solo en razón de la gravedad del hecho. Con ello, la prisión preventiva sería incluso admisible cuando no existiera un peligro para la efectividad de la administración de justicia. Si se repara al mismo tiempo en el derecho de libertad que tiene el imputado, ello resultaría evidentemente desproporcionado. Por ello, el § 112, inc. 3.º debe ser interpretado conforme a la Constitución para que el peligro de fuga y el de entorpecimiento de la investigación, al menos, no puedan quedar excluidos. Por lo tanto, se mantienen como requisitos del motivo de detención, pero las exigencias con respecto a su existencia se reducen de manera considerable.
Cf. § 10 nm. 10.

(47) Debe distinguirse entre el examen de la detención (§ 117) y la queja contra la detención (subsidiaria, § 117, inc. 2.º, 1.ª oración; §§ 304 ss.). Sobre este examen decide el juez de la detención (§ 126). La queja puede dirigirse tanto contra la misma orden de detención (téngase en cuenta, sin embargo, el § 117, inc. 2.º, 1.ª oración), como también contra la decisión (negativa) que se dicta en el procedimiento de examen de la detención.
Además, con independencia de la actividad del imputado, el OLG realiza de oficio una revisión de la continuidad de la detención de conformidad con los §§ 121, 122 (en el caso de una decisión positiva respecto de la continuación, ténganse en cuenta las revisiones siguientes, igualmente de oficio, que realiza el OLG de conformidad con el § 122, inc. 4.º).
Cf. § 10 nm. 18 ss.

(48) Como sucede en todos los casos, aquí el imputado no debe hacer algo (activamente) por sí mismo, sino solamente tolerar (pasivamente) las investigaciones en su contra, de modo que puede negarse a ingerir (activamente) el vomitivo. No obstante, según el § 81a, inc. 1.º, 2.ª oración, el fiscal podría estar facultado (§ 81a, inc. 2.º, 1.ª oración en caso de peligro en la demora) para ordenar un suministro compulsivo.
Sin embargo, en este tipo de casos podría negarse que el § 81a pudiera autorizar la injerencia, si se presupone que aquí no se trata tanto de la búsqueda de medios de prueba, sino más bien de su aseguramiento. Para ello, es pertinente el §102, el cual sin embargo no permite injerencias en el

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

cuerpo. No obstante, en el centro del procedimiento se encuentra el medio de prueba, no su finalidad, y ello no es más que la injerencia médica para lo cual es pertinente el § 81a.

Aun cuando sus presupuestos se encuentren satisfechos (comprobación de hechos que son de interés para el proceso, intervención de un médico según las reglas del arte médico, que no se tema un daño para la salud de D), podría considerarse una lesión al principio *nemo tenetur*, porque D, no obstante, sería forzado a vomitar «activamente». Sin embargo, a estos temores se opone el hecho de que en el caso del vómito no se trata de un proceso conducido voluntariamente, de modo que solo existe una tolerancia «pasiva» (colocación de la sonda gástrica, suministro del vomitivo).

Sin embargo, en el caso en concreto, consideraciones superiores pueden conducir a la inadmisibilidad del procedimiento del fiscal: puede pensarse en una lesión de la dignidad humana, por ejemplo, si D es forzado a vomitar en público, o en una violación del principio de proporcionalidad, si no existe la sospecha de un hecho penal grave o se pueda esperar la eliminación natural del material ingerido, lo que ocurrirá en muchos casos.

Cf. § 10 nm. 23.

(49) Esta clase de inspecciones son admisibles, incluso independientemente de las reglas legales, pero solo cuando son voluntarias. Un examen masivo forzoso de conformidad con el § 81e, inc. 1.º en relación con el § 81a, inc. 1.º fracasa porque no todos los habitantes de la jurisdicción son imputados; precisamente recién mediante el test debe encontrarse al imputado.

La mera negativa a participar en el examen no convierte a alguien en imputado, con la consecuencia de que se dan los presupuestos para aplicar el § 81e inc. 1.º en relación con el § 81a inc. 1.º, porque para adquirir la calidad de imputado, entre otras cosas, es necesaria la existencia de una sospecha inicial (lo cual, sin embargo, puede darse cuando con motivo de los resultados del test, obtenidos hasta ese momento, solo una persona entra en consideración como imputado). De conformidad con el § 81e, inc. 1º, 2ª oración en relación con el § 81c, inc. 1º, como testigo potencial tampoco puede ser forzado a participar, porque el principio del testigo exige puntos de apoyo concretos. Con ello, todavía queda la posibilidad del § 81e, inc. 1.º, 2.ª oración en relación con el § 81c, inc. 2.º. Para esta alternativa no son relevantes ni la calidad de imputado ni el principio del testigo, la medida solo debe ser imprescindible para averiguar la verdad, lo cual, por lo general, sucede cuando existen negativas a la realización del examen masivo. Existe una excepción según el § 81c, inc. 3.º expresamente solo para aquellas personas que cuentan con el derecho de abstenerse a prestar testimonio, de modo que un derecho a negarse a responder preguntas de conformidad con el § 55 (el que se abstiene se expondría con la prueba de ADN a la sospecha de un delito) no es suficiente. Sin embargo, desde la incorporación en 2005 del § 81h, referido al «examen de ADN en serie», probablemente sea

más convincente proceder según esta norma, que, sin embargo, requiere el consentimiento de las personas afectadas.
Cf. § 10 nm. 30.

(50) Los §§ 94 ss. regulan el aseguramiento de objetos que pueden ser de interés para la investigación como medios de prueba; los §§ 111b ss., el aseguramiento de objetos sometidos a confiscación. Este último caso solo es posible por la vía de la incautación (§ 111b, inc. 1.º); en el caso del aseguramiento en virtud de los §§ 94 ss. el secuestro solo es necesario cuando los objetos no fueron entregados voluntariamente (§ 94, inc. 2.º).
Cf. § 10 nm. 33 s.

(51) De acuerdo con el texto de la ley, sí, ya que de conformidad con el § 94, inc. 1.º se trata de un objeto que puede ser de interés para la investigación como medio de prueba. Tampoco parece tener aplicación la prohibición de incautación del § 97, inc. 1.º, núm. 1.º, inc. 2.º: si bien el defensor del imputado es una de las personas que tiene un derecho de abstenerse de prestar testimonio según el § 53 inc. 1.º, núm. 2.º, con respecto a quien, en principio, se aplica la prohibición de incautación, la carta, sin embargo, no se encontraba bajo su custodia, sino bajo la del imputado (§ 97, inc. 2.º, 1.ª oración). No obstante, este resultado se opondría en extremo al principio de la libre defensa de acuerdo con el § 148, inc. 1.º, que tiende a resguardar especialmente la libre comunicación entre el imputado y el defensor.
Por lo tanto, la incautación de la carta es inadmisible.
Cf. § 10 nm. 36; § 11 nm. 14, 40.

(52) Esto es discutible, ya que las llamadas «conversaciones en el ambiente», es decir, conversaciones que, por ejemplo, no se mantienen directamente a través de un teléfono, no eran subsumibles en el antiguo concepto de «comunicación telefónica» del § 100a y, por ello, en general no podían valorarse.
Entretanto, el BGH (cf. BGH, *NJW* 2003, p. 2034) ha interpretado bajo el término «telecomunicación» lo que el § 3, n.º 22 TKG define como tal, esto es, el proceso de emisión, transmisión y recepción de mensajes de cualquier tipo, o sea, fundamentalmente toda circulación de información mediante equipos de telecomunicaciones. Si bien todavía sería una condición que la persona se sirva del equipo, la transmisión de información relevante no tendría que producirse necesariamente con la voluntad y el conocimiento actual de la persona afectada, como lo demostraría el ejemplo de la transmisión de información sobre la ubicación en el caso de la telefonía móvil. De acuerdo con ello, es suficiente si el proceso telecomunicativo fue puesto en marcha de manera querida y consciente. Entonces, toda la información transmitida (consciente o inconscientemente) se considera una telecomunicación y, por lo tanto, puede ser valorada.

Por el contrario, según la opinión opuesta, la telecomunicación además presupone que el afectado la emplee conscientemente para la transmisión de un determinado contenido. Si este no es el caso, no existe al respecto una autorización para escuchar, por lo tanto, los conocimientos obtenidos de esa conversación no pueden ser valorados.
Cf. § 10 nm. 40.

(53) Aquí se trata de la posibilidad de valorar los llamados conocimientos casuales en relación con hechos de terceros, o sea, de aquellas personas respecto de las cuales no fue ordenada una intervención telefónica. Si la intervención ordenada fue ilícita, queda determinado desde un principio que estos conocimientos casuales, como todo conocimiento obtenido, no pueden ser valorados de forma directa. Sin embargo, la orden contra T aquí fue lícita. Con respecto a los conocimientos casuales en relación con hechos de terceros debe diferenciarse entre aquellos que conciernen a hechos del catálogo según el § 100a inc. 2.º, n.º 1.-11 y aquellos que se refieren a hechos que no figuran en el catálogo. Los primeros pueden valorarse, los últimos slo indirectamente (cf. § 479, inc. 2.º, 2.ª oración).
Como el homicidio de S constituye un hecho del catálogo según el § 100a, inc. 2.º, n.º 1h, estos conocimientos casuales pueden valorarse; con respecto al hurto cometido por S: como es un hecho que no figura en el catálogo, solo existe la posibilidad de una valoración indirecta.
Cf. 10 nm. 44 ss.

(54) La interceptación en la fuente es la supervisión de las telecomunicaciones cifradas (por ejemplo, Skype, WhatsApp). Para eludir el cifrado, se accede a los datos (no cifrados) en la «fuente», es decir, en un dispositivo terminal. Esto se lleva a cabo mediante programas informáticos instalados secretamente. La interceptación en la fuente es subsidiaria de la interceptación convencional (§ 100 a, inc. 1.º, 2.ª oración).
Cf. § 10 nm. 40, 41

(55) Regulado en el § 100b, en el marco de un registro en línea se infiltra un software malicioso («troyano») en un sistema técnico-informático (por ejemplo, una computadora, un teléfono celular, una tableta) para acceder secretamente a los datos almacenados.
Cf. § 10 nm. 47c y ss.

(56) Debe diferenciarse entre el registro del sospechoso (§ 102) y el registro respecto de otras personas (§ 103).
En el caso del § 102, de acuerdo con la opinión dominante, no es necesario que exista una sospecha inicial; no bastan solo las presunciones que no pueden apoyarse en indicios fácticos o en experiencias criminalísticas. Por el contrario, el § 103 requiere la existencia de hechos.

El § 102 permite el registro de domicilios y ambientes que el imputado utiliza, así como de su persona (p. ej., también de las cavidades naturales del cuerpo, pero no autoriza búsquedas dentro del cuerpo, para lo cual rigen los §§ 81a ss.). Esto último no está mencionado expresamente en el § 103, pero no obstante queda comprendido, porque el § 81c incluso otorgaría un permiso mayor contra la misma persona.
Cf. § 10 nm. 54 ss.

(57) El concepto de agente encubierto está definido legalmente en el § 110a, inc. 2.º, 1.ª oración (cf. § 10 nm. 59 ss. respecto al modo en el que debe concretarse la definición).
El «funcionario policial que investiga de forma no pública» actúa de forma encubierta, pero a diferencia del agente encubierto no de un modo permanente, sino solo ocasional.
Los informantes y las personas de confianza no son funcionarios policiales, sino otras personas que en el caso concreto (informantes) o durante un tiempo prolongado (personas de confianza) colaboran con las autoridades a cargo de la persecución penal en el esclarecimiento de delitos.
Para estas personas que operan de manera encubierta, la StPO no prevé una regulación especial. Los §§ 100a ss. no se aplican en estos casos (tampoco analógicamente). En este sentido, el legislador dejó conscientemente una laguna jurídica.
Cf. § 10 nm. 59 ss.

(58) Una justificación del comportamiento de B según el § 32 StGB fracasa, porque si F pretende abrir su propio candado y «hurtar» su propia bicicleta, desde un punto de vista objetivo no existe una agresión ilegítima a un bien jurídico capaz de ser defendido.
El § 127, inc. 1.º como derecho de toda persona presupone objetivamente que el autor sea sorprendido en flagrancia. Como aquí no hay un delito, se plantea la cuestión de si también alcanza una sospecha suficiente, que en el caso sí habría existido. A favor de este punto de vista habla el hecho de que la detención sirve a intereses públicos y que las medidas de persecución penal son siempre admisibles cuando hay una mera sospecha. Además, puede considerarse inequitativo cargar a quien realiza la detención con el riesgo de un error inculpable. Sin embargo, la solución inversa al § 127, inc. 2.º habla en contra de esta opinión. A ello se suma que si se justificara el comportamiento de quien realiza la detención, se privaría al detenido de su derecho de legítima defensa. En cambio, para el que incurre en el error el riesgo es pequeño; en su caso, él debe reunir los presupuestos de un error sobre el tipo permisivo, los cuales de todas formas conducen a una punibilidad de conformidad con el § 229 StGB, ya que para los §§ 239, 240 StGB no existe un tipo imprudente.

De acuerdo con esta opinión preferente, B es responsable (por imprudencia) de conformidad con el § 229 StGB.
Cf. § 10 nm. 66 ss.

(59) Si se impugna la forma de realización de la medida siempre se aplica el § 98, inc. 2.º, 2.ª oración (analógicamente).
Si se impugna la orden de la medida, se aplica el § 304, cuando esta es emitida por el juez; si es ordenada por la Fiscalía o la Policía, el § 98, inc. 2.º, 2.ª oración (analógicamente).
Dicho de manera más sencilla: en el caso de la Fiscalía y la Policía, siempre se aplica el § 98, inc. 2.º, oración 2.ª; en el caso del juez, siempre el § 304.
Debe tenerse en cuenta que, en el caso de querer reclamar protección jurídica contra medidas ejecutadas, se exige un interés especial en la protección jurídica.
Por último, en el caso de las medidas de investigación secretas hay que considerar el § 101 inc. 7.º.
Cf. § 10 nm. 75 ss.

(60) Cf. § 137, inc. 1.º, 1.ª oración; además, §§ 136, inc. 1.º, 2.ª oración; 163a, inc. 4.º, 2.ª oración.

(61) La defensa contribuye con un proceso leal y conforme con el Estado de derecho, actualiza la posición del imputado como sujeto del proceso penal y constituye la contraparte necesaria de las autoridades a cargo de la persecución penal.
Cf. § 11 nm. 1.

(62) Como derechos deben mencionarse el derecho a estar presente, el derecho a requerir prueba, el derecho a examinar las actuaciones, así como el derecho a una comunicación libre con el imputado. Además, el defensor puede presentar investigaciones propias y realizar manifestaciones en todo momento.
Como obligaciones cuentan el deber de actuar a favor del imputado, el deber de guardar silencio y el deber de decir la verdad.
Cf. § 11 nm. 2 ss.

(63) Sí, aunque la ley no preveía anteriormente un derecho del defensor a estar presente en el interrogatorio policial, el § 163a inc. 4.º, 3.ª oración remite (desde 2017) al § 168c inc. 1.º, 3.ª oración.
Cf. § 11 nm. 2.

(64) De conformidad con el § 168c, inc. 2.º, el imputado y su defensor tienen permitido estar presentes en el interrogatorio judicial de un testigo o perito. La cuestión referida a si el § 168c, inc. 2.º es aplicable analógicamente al

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

interrogatorio judicial de un coimputado, de modo que el defensor también puede estar presente allí, es discutida. Como el coimputado no está expresamente mencionado en la ley se deduciría que el imputado y su defensor no tienen un derecho a estar presentes. Sin embargo, la garantía de una defensa efectiva ya en el procedimiento preliminar mediante la posibilidad de intervenir en la declaración del coimputado, quien puede verse tentado a declarar falsamente en su propio beneficio y en perjuicio del otro imputado, habla a favor de una aplicación analógica del § 168c, inc. 2.º. También la idea de que el interrogatorio realizado por el juez de investigación constituye una anticipación del juicio oral, en cuyo desarrollo debe garantizarse el derecho a ser oído conforme a la ley, habla a favor de una aplicación amplia. Por ello, es convincente la opinión según la cual el derecho a estar presente del § 168c, inc. 2.º (con los límites que resultan de los incs. 3.º y 4.º) también vale para el interrogatorio del coimputado. En tanto no se ponga en peligro el éxito de la investigación mediante la presencia de A o de su defensor X, la falta de información sobre el interrogatorio constituye una infracción del § 168c, inc. 5.º y desencadena una prohibición de valoración. Sin embargo, el BGH es de otra opinión (BGHSt 42, p. 391).
Cf. § 9, gráfico nm. 35.

(65) El defensor tiene un derecho a examinar las actuaciones, § 147, inc. 1.º. Este derecho vale ya durante el procedimiento de investigación, pero puede denegarse en esta etapa si se pone en peligro el fin de la investigación, § 147, inc. 2.º. Sin embargo, en el presente caso la denegación de la Fiscalía infringe el § 147, inc. 3.º, sobre todo porque la vista de las actas del interrogatorio del imputado debe permitirse en todo momento y no ha de ser impedida en virtud del § 147, inc. 2.º. De conformidad con el § 147, inc. 5.º, 2.ª oración, el defensor Y puede impugnar ante el LG la denegación de la Fiscalía.
Cf. § 11 nm. 8 ss., 13.

(66) La cuestión referida a si pueden comunicarse las medidas de coerción que deben tener un efecto sorpresa es muy discutida. Por un lado, se sostiene la opinión de que el defensor no debe comunicar al imputado todo el conocimiento que posee. Esta obligación resultaría del hecho de que, al defensor, a través de la vista de las actuaciones, se le habría concedido una facultad que no corresponde a su mandante imputado. Como contrapartida el defensor debería prometer no hacer un uso ilimitado de dicha facultad y atender al interés público en la efectividad de la Administración pública. Sin embargo, a esta opinión se opone el hecho de que la garantía de tomar vista de las actuaciones constituye una demostración del intercambio ilimitado entre defensor y mandante sobre cuestiones que se refieren a cómo se conducirá en lo sucesivo el proceso. Según el § 147, inc. 2.º, la Fiscalía tiene la posibilidad de impedir la vista de las actuaciones. Si no lo hace, la simple información sobre el contenido de las actuaciones –aquí la solicitud de

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

orden de detención– es admisible, aun cuando pusiera en peligro el éxito de la investigación y con ello la efectividad de la administración de justicia.
Cf. § 11 nm. 6.

(67) El principio significa que la Fiscalía según el § 147, inc. 1.º tiene que presentar todas las actuaciones, incluso el material que según su parecer sería irrelevante para el imputado (discutido).
Cf. § 11 nm. 10.

(68) Según la opinión dominante, no. Los protocolos sobre rastros no pertenecen a los materiales del proceso y, por ello, tampoco a las «actuaciones» en sentido formal (discutido).
Cf. § 11 nm. 11.

(69) No. Ello deriva de los deberes del defensor de actuar a favor del imputado y de guardar silencio.
Cf. § 11 nm. 16, 17.

(70) No. Según la jurisprudencia y la doctrina dominante es un órgano independiente de la Administración de Justicia y como tal está obligado a la verdad. Todo lo que él dice debe ser verdadero (deber de decir la verdad). Si actúa de forma contraria se hace pasible, bajo determinadas circunstancias, de responsabilidad penal por encubrimiento personal (§ 258 StGB). Sin embargo, en virtud de su deber de asistencia y de guardar silencio no debe decir todo lo que sabe.
Cf. § 11 nm. 18, 19, 26.

(71) La opinión dominante considera que el defensor es un órgano de la Administración de Justicia y con ello delimita determinadas libertades (interés público en su actividad, independencia respecto del mandante) y obligaciones (especialmente, deber de decir la verdad). A diferencia de ello, una opinión minoritaria considera que el defensor no debe salvaguardar intereses públicos, sino que solo se encuentra vinculado a las instrucciones de su mandante (teoría del contrato). Para otra opinión minoritaria, todavía más amplia, el defensor representa exclusivamente un interés de parte.
Cf. § 11 nm. 20 ss.

(72) De acuerdo con la sanción que ha de esperarse. El § 140 inc. 2.º, 2.ª alternativa lo aclara señalando que la gravedad de la consecuencia jurídica prevista sea mencionada junto con la del hecho. En la práctica, el criterio es una expectativa de pena de aproximadamente un año de pena privativa de libertad.
Cf. § 11 nm. 29.

ISBN: 978-84-18432-78-1
Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo,
Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

(73) Aquí, la intervención de un defensor es obligatoria (denominada defensa necesaria), debido a que el juicio oral en primera instancia tiene lugar ante el *LG* (cf. § 140, inc. 1.º, n.º 1.º). Quien hasta ese momento se ha desempeñado como defensor de elección puede ser nombrado como defensor de oficio. Sin embargo, la elección del defensor que ha de ser designado es discrecional para el presidente (cf. § 142). El factor decisivo en la decisión de selección es, en principio, la voluntad del acusado, lo que se refleja en el hecho de que el § 142, inc. 5.º, 3.ª oración establece que solo puede apartarse de ella si existe una causa justificada. Por lo tanto, el rechazo del abogado H como defensor de oficio solo es admisible si existe una causa justificada en contra del nombramiento.
Cf. § 11 nm. 33.

(74) Sí. En principio no está previsto por la ley, como se deduce del § 143a. Sin embargo, el § 144 tiene en cuenta los casos en que un defensor de elección actúa junto a un defensor de oficio (cf. también el § 145). Según la jurisprudencia, debe considerarse la posibilidad de nombrar a un defensor de garantía, por ejemplo, si existe el peligro de que en un procedimiento extenso el defensor de elección no pueda acudir a las citas.
Cf. § 11 nm. 36.

(75) Sí. Para X existe, por así decirlo, obligación de contratar. Una liberación solo es posible por motivos relevantes (cf. §§ 48, 49 BRAO).
Cf. § 11 nm. 33.

(76) No. Por regla general, la designación del defensor de oficio recién termina cuando la sentencia está firme o cuando se revoca el nombramiento de conformidad con el § 143. El § 143a inc. 2.º, núm. 3 prevé la revocación de la designación junto con el nombramiento de otro defensor de oficio solo en caso de una ruptura definitiva de la relación de confianza entre el acusado y el defensor de oficio.
Cf. § 11 nm. 35.

(77) Hasta tres, § 137, inc. 1.º, 2.ª oración.
Cf. § 11 nm. 37.

(78) De acuerdo con el § 146, la defensa múltiple simultánea está prohibida. Sin embargo, la defensa múltiple sucesiva está permitida.
Cf. § 11 nm. 37 ss.

(79) De acuerdo con el § 170 puede sobreseer el proceso o elevar la acusación. Además, también existe la posibilidad de sobreseer el proceso según los §§ 153 ss., incluso cuando haya sospecha suficiente. Estas excepciones a la obligación de perseguir están resumidas bajo el concepto de principio de oportunidad.
Cf. § 12 nm. 1 ss.

(80) De conformidad con el § 170, inc. 2.º, el proceso debe sobreseerse cuando no hay sospecha suficiente o existe un impedimento procesal. Una sospecha es suficiente cuando ha de esperarse con probabilidad una condena, esto es, con más probabilidad que una absolución.
Cf. § 12 nm. 4.

(81) Según la jurisprudencia de los tribunales superiores, entretanto consolidada, no es posible una condena por injuria ni por coacción. Sin embargo, esta forma de proceder de la Fiscalía no puede considerarse una infracción contra el principio de legalidad, el principio de división de poderes o el monopolio de la jurisprudencia de los tribunales. Si la Fiscalía lleva ante el tribunal casos que, a diferencia de la jurisprudencia, considera punibles, no hay allí una infracción contra estos principios. Sin embargo, el imputado debe tolerar el juicio oral, al final del cual lo espera una absolución. Por otra parte, en el caso contrario, la Fiscalía también podría evitar condenas a las que llegarían los tribunales si ella, en virtud de su opinión divergente, no hubiese omitido una acusación. Por ello, la Fiscalía se encuentra sujeta a la opinión jurídica de los tribunales cuando esta posición es uniforme o defendida por los tribunales superiores.
Cf. § 12 nm. 5.

(82) El procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública previsto en los §§ 172 ss. solo entra en consideración para el sobreseimiento según el § 170, inc. 2.º, pero no en el caso de una acción privada de conformidad con el § 172, inc. 2.º, 3.ª oración o los sobreseimientos dispuestos por la Fiscalía según los §§ 153, inc. 1.º; 153a, inc. 1.º y 7.ª oración; 153b, inc. 1.º; 153c -154, inc. 1.º; 154b, 154c.
Cf. § 12 nm. 9 ss.

(83) Ofendido es quien a través del supuesto hecho resulta directamente perjudicado en sus derechos o intereses jurídicamente reconocidos.
Cf. § 12 nm. 12.

(84) La culpabilidad del autor debe considerarse escasa; no debe existir un interés público en la persecución penal. Para la escasa culpabilidad no resulta relevante que ella exista. En estos casos de bagatela, la Fiscalía no debería tener que realizar investigaciones. Por ello, es suficiente una prognosis, un juicio hipotético. La culpabilidad es escasa si en comparación con las infracciones promedio contra la misma disposición penal, la culpabilidad se encuentra de un modo no irrelevante por debajo de ese promedio. No resulta claro cuándo no existe un interés público en la persecución penal, pero en todo caso aquí también puede recurrirse al núm. 86, inc. 2.º RiStBV para la interpretación, ya que el concepto de interés público en principio tiene el mismo significado que en el § 376. De acuerdo con ello, como regla existe un interés público cuando la paz jurídica es perturbada más allá del círculo

de vida del ofendido, y la persecución penal constituye un asunto actual de la generalidad.
Cf. § 12 nm. 16 ss.

(85) A diferencia del § 153, según el §153a el proceso ya puede sobreseerse cuando la gravedad de la culpabilidad no se opone. El imputado debe consentir el sobreseimiento de conformidad con el § 153a, inc. 1.º, 1.ª oración, ya que debe estar dispuesto a cumplir con las condiciones y a perder la oportunidad de una absolución. Si el imputado cumplió con las condiciones e instrucciones, y el proceso es sobreseído definitivamente, se produce, de conformidad con el §153a, inc. 1.º, 4.ª oración, un agotamiento limitado de la acción penal. Luego, el hecho solo puede ser perseguido si con motivo de nuevas circunstancias se presenta como un delito grave.
Cf. § 12 nm. 22 ss.

(86) Ambas disposiciones sirven para la celeridad del proceso mediante renuncias parciales a la persecución penal.
El § 154 supone varios hechos en el sentido del § 264 y posibilita a la Fiscalía prescindir de la persecución de hechos individuales. Sin embargo, la condición es que la persecución de estos «no valga la pena» con miras al cálculo de la pena total que es necesaria en atención a una pena impuesta que ya se encuentra firme o a una que ha de esperarse por otro hecho procesal. La pena para el hecho excluido puede ser «considerable» cuando solo la pena para la parte que se mantuvo «parece suficiente».
Por el contrario, el § 154a se refiere al caso en el que al autor solo se le atribuye un hecho en el sentido del § 264. Excepcionalmente, la Fiscalía puede excluir la persecución de partes o aspectos individuales que pueden separarse o de una de varias violaciones de la ley dentro de un hecho procesal.
Ni el § 154, inc. 1.º ni el § 154a, inc. 1.º producen un agotamiento de la persecución penal.
Cf. § 12 nm. 31 ss.

(87) El escrito de acusación debe indicar el hecho imputado al acusado, así como el tiempo y lugar de su comisión con tal exactitud, que la identidad del suceso histórico muestre con claridad y permita reconocer a qué hecho determinado se refiere; debe ser posible su diferenciación de otras conductas penales similares del mismo autor. No deben quedar dudas acerca del hecho que debe juzgar el tribunal, de acuerdo con lo pretendido por la Fiscalía. Si ello falta, la acusación no es eficaz. Junto con esta «función de delimitación», la acusación tiene además una «función de información».
Cf. § 12 nm. 36 ss.

(88) El hecho en sentido procesal es la situación fáctica que le es imputada al acusado como acontecimiento histórico. Aqul es concebido mediante un enfoque naturalista y, por ello, es por lo general más amplio que el

concepto de hecho penal del derecho material. Por lo tanto, el hecho es un suceso histórico unitario. Muchos sucesos también pueden constituir un hecho cuando existe una «conexión interna» entre ellos, de modo que su juicio separado disociaría de manera antinatural un suceso unitario de la vida.
Cf. § 13 nm. 1 ss.

(89) Un retiro de la acusación por parte de la Fiscalía no entra en consideración a causa del §156. La presentación de una nueva acusación solo sería necesaria si se tratara de otro hecho procesal. Sin embargo, el suceso de la vida que subyace a la acusación aquí se mantuvo igual y «solamente» se presentó un resultado especial que conduce a una valoración jurídica distinta (lesiones con resultado de muerte). Por ello, no es necesaria una nueva acusación. Más bien, el juez de los hechos, teniendo en cuenta el cambio de la valoración jurídica, debe impartir una advertencia jurídica según el § 265 inc. 1.º. Por lo demás, está obligado a revisar de oficio su competencia de conformidad con el § 6. Debido al cambio de situación, ahora es competente el Tribunal Estadual como Tribunal de Jurados de conformidad con el § 74 inc. 2.º, núm. 8.º GVG. Por consiguiente, el juez penal debe remitir las actuaciones por intermedio de la Fiscalía al tribunal superior con el pedido de que asuma el proceso de conformidad con el § 225a, inc. 1.º.
Cf. § 13 nm. 5 ss.; § 32 nm. 9.

(90) La infracción de la ley de armas es un delito permanente. Entre la adquisición, el ejercicio de fuerza física y la portación del arma existe esencialmente una unidad de hecho, con lo cual otros hechos penales cometidos con el arma también se encuentran en principio en concurso ideal con la infracción de la ley de armas. Sin embargo, en el caso de una resolución por cometer un delito grave se efectúa una restricción, porque con ello se funda una interrupción de la continuidad del hecho penal. Aunque en el momento del hecho la comisión del delito grave constituye una unidad de hecho con la infracción de la ley de armas, se encuentra en concurso real con la infracción de la ley de armas constatada ya previamente con autoridad de cosa juzgada por el mandato penal del 18 de abril de 2020. Por lo tanto, no existe un agotamiento de la pretensión punitiva, de modo que una nueva condena también era admisible (cf. BGHSt 36, p. 151).
Cf. § 13 nm. 12.

(91) Como ejemplos pueden mencionarse la minoría de edad del imputado, la falta de una decisión con carácter de cosa juzgada, así como la existencia de una acusación eficaz.
Cf. § 14 nm. 11 ss.

(92) La prescripción del hecho es un impedimento procesal, cuya existencia obliga a que se sobresea el proceso. Sin embargo, aquí no hay certeza sobre

la existencia del impedimento procesal. En virtud del *in dubio pro reo* podría suponerse la prescripción, de modo que el proceso debería sobreseerse. No obstante, es discutido que el principio de la duda pueda usarse para los presupuestos procesales, porque en principio éste no se aplica en el derecho procesal. La existencia de presupuestos procesales o la ausencia de impedimentos procesales son, sin embargo, presupuestos fundamentales para una sentencia de mérito, de modo que aquí debe hacerse una excepción. El BGH no llega tan lejos y exige que la aplicabilidad del *in dubio pro reo* se pruebe en cada caso. Para la prescripción, muy cercana al derecho material, donde el principio de la duda tiene una aplicación directa, el BGH ha reconocido también una excepción.
Por consiguiente, aquí debe aceptarse la prescripción del hecho y sobreseer el proceso de conformidad con el § 206a (fuera del juicio oral) o en virtud del § 260, inc. 3.º (durante el juicio oral).
Cf. § 14 nm. 10.

(93) La particularidad del caso radica en que el proceso se ha dilatado excesivamente, sin que objetivamente existan razones para ello. Es discutido cómo repercute esta duración excesiva del proceso, que infringe el principio de celeridad de los arts. 20, inc. 3.º GG y 6, inc. 1.º, 1.ª oración CEDH, en la decisión del tribunal. En algunos casos se considera que hay un impedimento procesal, que conduce al sobreseimiento del proceso. De acuerdo con ello, no debería perpetuarse el estado ilícito creado a través de la continuación del litigio. Sin embargo, la opinión dominante y la jurisprudencia consideran que la duración excesiva del proceso debe tenerse en cuenta fundamentalmente en el momento de la ejecución de la pena (solución de la ejecución). Los presupuestos procesales deben ser delimitados claramente en virtud de su significado para el desarrollo del proceso y, por lo tanto, constatables de manera inequívoca. Este no es el caso de la excesiva duración del proceso a menos que se trate de un supuesto de retardo procesal especialmente extremo que conduzca a un perjuicio muy significativo para el imputado y la continuidad del proceso no resulte defendible desde la perspectiva del Estado de derecho, porque ya no existe más un interés en la persecución penal digno de reconocimiento. Sin embargo, en algunos supuestos graves podría realizarse una ponderación que puede conducir, por ejemplo, a prescindir de la pena, a un sobreseimiento conforme al § 153 (como aquí en el caso, cf. BGH, *NJW* 1988, p. 2188) o a una atenuación de la pena.
Cf. § 14 nm. 27.

(94) Los actos procesales son definidos –aunque de manera poco convincente– como actos de un interviniente en el proceso con relevancia procesal. Ejemplos de ello son los requerimientos de prueba, la renuncia a recursos, los autos judiciales, el dictado de un mandato penal, pero también los actos materiales como la presentación de actuaciones. Sin embargo, puras

ISBN: 978-84-18432-78-1 Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

manifestaciones de conocimiento (p. ej., declaraciones de un imputado sobre el hecho) no caben en el concepto.
Cf. § 15 nm. 2 s.

(95) Los actos procesales son esencialmente ajenos al condicionamiento, porque las vaguedades e incertidumbres no deben tener cabida en un proceso de derecho público claramente organizado. Sin embargo, cuando ello no es de temer, las condiciones son en principio admisibles. Este es el caso de las condiciones jurídicas y las condiciones internas del proceso, es decir, aquellas que se fundan en algo dado, en el sentido de una determinada situación jurídica, o aquellas cuya aparición en el curso del proceso puede ser aclarada por el mismo tribunal. Por ello, es admisible, por ejemplo, presentar un requerimiento de prueba para el caso de que el tribunal condene (requerimiento de prueba eventual).
Cf. § 15 nm. 1; § 25 nm. 9.

(96) De acuerdo con el § 43, inc. 1.º, el plazo de un mes termina el 14 de abril a las 24 h. Debe considerarse que en la StPO no existe una norma semejante al § 188, inc. 2.º, 2.ª alternativa BGB, de acuerdo con la cual el plazo ya habría terminado el 13 de abril a las 24 h.
Cf. § 15 nm. 22.

(97) La reposición al estado anterior tiene perspectivas de éxito cuando es admisible y fundada:
Admisibilidad:
Solicitud de reposición en el lugar competente, § 45, inc. 1.º.
Realización del acto inobservado, § 45, inc. 2.º, 2.ª oración.
Acreditación del motivo del impedimento, § 45 inc. 2.º, 1.ª oración.
Fundamentación:
Inobservancia del plazo sin culpa, § 44.
Debe tenerse en cuenta que solo se abarcaron los plazos «normales» y no los plazos de exclusión, después de cuyo transcurso el acto procesal es inadmisible y, por consiguiente, no puede practicarse (ej. § 388, inc. 1.º).
Cf. § 15 nm. 24 ss.

(98) El tribunal debe comprobar si existe una sospecha suficiente por sí mismo y no recurrir exclusivamente a las evaluaciones de la Fiscalía.
Cf. § 16 nm. 1.

(99) Por medio del escrito de acusación presentado por la Fiscalía.
Cf. § 16 nm. 2; § 12 nm. 41.

(100) No. El procedimiento intermedio no se realiza en el procedimiento por mandato penal ni en el acelerado.
Cf. § 16 nm. 2.

(101) Puede dictar el auto de apertura, rechazar la apertura (§§ 203 s.), sobreseer el proceso provisionalmente (§ 205) o definitivamente (§§ 153 ss.).
Cf. § 16 nm. 8.

(102) El procedimiento principal se abre si, como consecuencia de una valoración provisional del hecho, resulta probable una condena, o sea, si existe sospecha suficiente (cf. § 203).
Cf. § 16 nm. 10.

(103) Una discrepancia solo es admisible dentro de los estrechos límites del § 207.
Cf. § 16 nm. 13.

(104) No, § 210, inc. 1.º.
Cf. § 15 nm. 16; § 16 nm. 14.

(105) No. El auto de apertura es vinculante para el tribunal y una revocación es inadmisible. El acusado tiene un derecho legal a que se compruebe su culpabilidad en un juicio oral y público. Por consiguiente, debe realizarse el juicio oral y, si los elementos probatorios no alcanzan a probar la culpabilidad del acusado, debe concluirse el proceso con una absolución. La revocación del auto de apertura privaría al acusado de la amplia protección garantizada por el art. 103, inc. 3.º GG frente a una nueva persecución penal, porque entonces solo tendría lugar el efecto de la cosa juzgada bastante limitado del § 211 (opinión dominante). Según otra opinión, la revocación del auto de apertura es admisible hasta el comienzo del juicio oral, cuando los intereses del acusado y el mandato de economía procesal resultan prioritarios.
Cf. § 16 nm. 14.

(106) Se sobresee el proceso mediante un auto (§ 206a) o una sentencia (en el juicio oral, §260, inc. 3.º).
Cf. § 16 nm. 15.

(107) Según el § 210, inc. 2.º (solo) la Fiscalía puede interponer queja inmediata.
Cf. § 16 nm. 20.

(108) Con el auto de apertura se produce un efecto de clausura limitado. La acusación solo puede volver a ejercerse bajo los presupuestos del § 211.
Cf. § 16 nm. 21.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

(109) Un auto de apertura eficaz es un presupuesto procesal. La cuestión de si la falta del auto de apertura puede suplirse luego es discutida. El BGH y la doctrina dominante aceptan la posibilidad de que el auto de apertura sea emitido, con posterioridad, en el marco del juicio oral en primera instancia. Sin embargo, resulta más convincente la opinión contraria, según la cual, debe sobreseerse el proceso mediante sentencia a causa de un impedimento procesal (§ 260, inc. 3.º). Debido a que se trata de un impedimento procesal subsanable, con la sentencia de sobreseimiento no se produce un agotamiento de la acción penal. La Fiscalía puede ejercer nuevamente la acción.
Cf. § 14 nm. 23; § 16 nm. 17.

(110) Cf. § 17 nm. 1 ss.

(111) La fijación del término es discrecional para el presidente. Los intervinientes en el proceso no tienen un derecho a que se aplace la fecha del juicio oral. El auto del presidente que fija el término o que rechaza el aplazamiento, por regla general, no es impugnable en atención al § 305, 1.ª oración. Excepcionalmente es admisible la queja, cuando la decisión ocasiona un agravio especial independiente para los intervinientes en el proceso, porque, por ejemplo, afecta de manera fácilmente evitable el derecho del acusado de contar con un defensor de su confianza. En el caso, el defensor X se ve imposibilitado de asistir en el término fijado por motivos relevantes. El interés del acusado A exige que su abogado de confianza, que ya está familiarizado con el caso, continúe con la defensa. El mandato de celeridad procesal no se opone a un aplazamiento del término. Por lo tanto, en el caso, una queja sería admisible.
Cf. 17 nm. 2.

(112) Puede solicitar la interrupción de la audiencia, § 217, inc. 2.º. El juez debe instruirlo sobre ello; § 228, inc. 3.º.
Cf. § 17 nm. 3.

(113) El § 216 se aplica solamente en el caso de citaciones al inicio de un nuevo juicio oral. Una citación formal no es necesaria cuando se trata de un término previsto para su continuación. Es suficiente con que se dé a conocer la nueva fecha de la citación cuando se interrumpe el juicio oral. Sin embargo, el BGH ha dejado abierta la cuestión de si ello también vale cuando el acusado, a pesar de haber sido citado de conformidad con el ordenamiento, no compareció, y por lo tanto, el término previsto para la continuación del juicio se dio a conocer en su ausencia. Cuando el acusado, como en este caso, contó con la representación de un defensor, no debería exigirse una citación.
Cf. § 17 nm. 3.

(114) Sí, si el auto de apertura se da a conocer en el juicio oral.
Cf. § 17 nm. 4.

(115) El § 222a debe observarse en relación con el § 222b, que contiene una preclusión de la instancia. Como la integración contraria a las disposiciones constituye un motivo absoluto de casación según el § 338, núm. 1º, no debería esperarse hasta la casación para plantear la objeción referida a la integración y, con ello, hacer fracasar una sentencia no deseada.
Cf. § 17 nm. 5.

(116) Cf. § 17 nm. 6, 9.

(117) No, § 224, inc. 1.º, 1.ª oración.
Cf. § 17 nm. 11.

(118) Cf. § 17 nm. 13 ss.

(119) Por «datos personales» debe entenderse: la información sobre la identidad, la capacidad del acusado para estar en juicio, así como la capacidad para defenderse por sí mismo (cuando no se trate de un caso de defensa necesaria).
Cf. § 17 nm. 16 s.

(120) De conformidad con el § 258, inc. 2.º y 3.º, el acusado siempre tiene la última palabra.
Cf. § 17 nm. 24.

(121) Según el § 274, el acta de la audiencia tiene fuerza probatoria exclusivamente respecto de las formalidades esenciales del proceso.
Cf. § 17 nm. 26 ss.

(122) Cf. § 18 nm. 1 ss.

(123) El principio de oficialidad significa que la realización de un proceso penal es un asunto del Estado, la Fiscalía actúa de oficio.
Cf. § 18 nm. 2.

(124) El principio de oficialidad es limitado en los delitos dependientes de instancia privada y en los delitos sujetos a antejuicio o a una autorización especial para la persecución. En el caso de los delitos del § 374, llamados delitos de acción privada, el principio de oficialidad no solo se encuentra limitado, sino suprimido (§ 385).
Cf. § 18 nm. 3 s.

(125) Se refiere al principio acusatorio regulado en el § 151.
Cf. § 6 nm. 7; § 18 nm. 5 s.

(126) No, en tanto no se presente una acusación adicional (cf. § 266). El tribunal solo puede actuar dentro de los límites del hecho acusado, es decir, el hurto del automóvil (§ 155, inc. 1.º). El hurto en la tienda es un hecho procesal distinto en el sentido de los §§ 264, inc. 1.º; 155, inc. 1.º y, por lo tanto, no puede ser objeto del juicio porque falta la acusación correspondiente (presupuesto procesal). De lo contrario, se lesionaría el principio acusatorio.
Cf. § 13 nm. 5; § 18 nm. 6.

(127) El principio de legalidad (§§ 152, inc. 2.º; 170, inc. 1.º), porque asegura que si existe sospecha suficiente sobre la comisión de un hecho penal, la Fiscalía presentará la acusación (obligación de acusar), y con ello, el hecho podrá ser juzgado por el tribunal.
Cf. § 6 nm. 8; § 18 nm. 7.

(128) En principio, rige el principio de legalidad. Sin embargo, en casos excepcionales, la Fiscalía debe prescindir de la acusación por motivos de conveniencia y puede sobreseer el proceso (principio de oportunidad). En el caso, están satisfechos los presupuestos del § 153, inc. 1.º. La decisión puede tomarse sin consentimiento judicial (§ 153, inc. 1.º, 2.ª oración).
Cf. § 6 nm. 8; § 12 nm. 13 ss.; § 18 nm. 8.

(129) El mandato de celeridad se deriva del art. 6.º, inc. 1.º, 1.ª oración CEDH y del principio del Estado de derecho, art. 20, inc. 3.º GG. Puede colisionar con el descubrimiento de la verdad material.
Cf. § 3 nm. 1; § 18 nm. 11.

(130) Hay una interrupción cuando luego de una pausa debe realizarse un nuevo juicio oral; en el caso de la suspensión, continúa el mismo juicio.
Cf. § 18 nm. 14.

(131) No. En el proceso penal rige el llamado principio de investigación, según el cual la Fiscalía y el tribunal están obligados a investigar el hecho de oficio (§§ 155, inc. 2.º; 160, inc. 2.º; 244, inc. 2.º). La verdad material es un fin del proceso penal.
Cf. § 18 nm. 15.

(132) El principio *in dubio pro reo* rige con seguridad para cuestiones relativas a la culpabilidad y la punibilidad; según un punto de vista acertado, también para los presupuestos procesales. Sin embargo, no rige en el resto del derecho procesal ni tampoco para cuestiones jurídicas.
Cf. § 18 nm. 20 ss.

(133) El principio de oralidad, de conformidad con el cual en el juicio debe discutirse sobre la materia del proceso en forma oral. La sentencia solo puede ocuparse de aquello sobre lo «que se debatió en el juicio» (cf. § 261). Una limitación al principio de oralidad se encuentra en el § 249, inc. 2.º.
Cf. § 18 nm. 25.

(134) Como solo el tribunal tiene competencia para establecer la verdad, debe producir pruebas «directas» para aproximarse lo más posible al verdadero suceso.
Cf. § 18 nm. 26.

(135) El principio de publicidad, consagrado en el § 169, 1.ª oración GVG, debe proteger, en especial, ante la arbitrariedad y el secreto, así como considerar el interés de la generalidad en la información. Significa que cualquier persona debe tener la posibilidad de participar como oyente en los juicios de los tribunales.
Cf. § 18 nm. 27 s.

(136) Si la publicidad se limita injustamente, se genera un motivo absoluto de casación. Si se amplía injustamente, solo existe un motivo relativo de casación.
Cf. § 18 nm. 34; § 36 nm. 19.

(137) La circunstancia de que algunos interesados no puedan presenciar el juicio porque la cantidad de butacas es limitada no constituye una infracción al principio de publicidad (§ 169 GVG). «Público» significa que, en principio, cualquiera tiene derecho a estar presente en la audiencia. Por lo tanto, la presencia del público está limitada a las posibilidades que brinde cada espacio.
Las medidas preventivas son admisibles si no puede garantizarse de otro modo la realización de un juicio sin perturbaciones ni interrupciones. Como en el caso existían indicios concretos de una perturbación, la orden de realizar controles resultó admisible.
El impedimento de realizar grabaciones televisivas durante la audiencia del tribunal (dentro de los grupos de casos propios del § 169 inc. 2.º y 3.º) no genera una lesión a la publicidad, debido a que según el § 169, inc. 1.º, 2ª oración GVG, las grabaciones para televisión, radio o cine, que tienen como fin la publicación de su contenido, son básicamente inadmisibles durante la audiencia y el pronunciamiento de la sentencia.
La exclusión total de la publicidad durante el interrogatorio de la testigo K es admisible de conformidad con el § 172, núm. 4 GVG.
Cf. § 18 nm. 30 ss.

(138) No. En el juicio oral, la imposición o disposición de medidas de coerción contra el defensor, según los §§ 177, 178 GVG, es siempre inadmisible (opinión dominante). Sin embargo, en el pasado la jurisprudencia sostuvo la opinión de que en casos extremos estas medidas contra el defensor serían admisibles. A ello se opone, por un lado, la posición del defensor como órgano de la Administración de Justicia independiente y con la misma jerarquía que el tribunal y la Fiscalía y, por otro lado, la claridad del texto de los §§ 177, 178 GVG; entre las personas allí mencionadas no se incluye al defensor. En el caso de una defensa necesaria, la ley incluso prevé un deber de estar presente (§ 145, inc. 1.º). Una aplicación analógica de los §§ 177, 178 GVG al caso del defensor está excluida por el art. 104, inc. 1.º, 1.ª oración GG.
Cf. § 18 nm. 32.

(139) La exclusión se produce en virtud de la ley, la recusación debe hacerse valer mediante una solicitud correspondiente, § 26.
Cf. § 19 nm. 2.

(140) Sí, por ejemplo, respecto de los funcionarios del tribunal y el actuario, § 31. Para los fiscales falta una regulación legal.
Cf. § 19 nm. 3.

(141) Cf. § 19 nm. 4 ss.

(142) De conformidad con el § 22, n.º 4, el juez R podría ser excluido del ejercicio de la magistratura en virtud de la ley. El concepto «hecho» del § 22, n.º 4 se interpreta de manera amplia y no se limita al mismo proceso. En el caso se presenta la relación material necesaria. Si bien es otro proceso, se trata del mismo hecho. Por ello, el juez R es excluido del proceso de conformidad con § 22, n.º 4. Si la exclusión de R no se atiende de oficio, puede ser alegada por A mediante un planteo de parcialidad. Si la causa de exclusión es ignorada, puede ser planteada como un motivo absoluto de casación (§ 338, n.º 2).
Cf. § 19 nm. 6 s.

(143) Una causa de exclusión de conformidad con los §§ 22, 23 no entra en consideración. La intervención del juez en decisiones previas no está prevista expresamente como una causa de exclusión en estas disposiciones. El caso podría ser considerado como un supuesto de parcialidad en el sentido del § 24, inc. 2.º. Existe sospecha de parcialidad cuando se presenta un motivo idóneo para justificar la desconfianza en la imparcialidad del juez. Al respecto, se tiene en cuenta el punto de vista de un observador promedio en el rol del acusado. R participó como juez de investigación en la misma causa (interrogó al imputado, dispuso su detención). La cuestión acerca de si la intervención del juez en decisiones previas en la misma causa puede

constituir un motivo de recusación de conformidad con el § 24, inc. 2.º es discutida. Aquí, sin embargo, esta cuestión puede quedar abierta, pues la declaración de R, en cuanto a que estaba convencido de la culpabilidad de A, de todos modos, genera una sospecha de parcialidad.
Cf. § 19 nm. 10, 16.

(144) Los presupuestos de admisibilidad resultan de los §§ 25-26a.
Cf. § 19 nm. 17 ss.

(145) Se pierden todas las causas de recusación que hayan tenido lugar hasta ese momento y hayan sido conocidas por el legitimado a plantearla.
Cf. § 19 nm 17.

(146) Solo bajo los presupuestos del § 28, inc. 2.º.
Cf. § 19 nm. 22.

(147) De conformidad con el § 238, inc. 1.º la dirección del juicio corresponde al presidente.
Cf. § 19 nm. 23.

(148) Todos los intervinientes en el proceso tienen la posibilidad de impugnar una decisión del presidente y solicitar la decisión del tribunal (derecho a impugnar, § 238, inc. 2.º). Según este precepto, la admisibilidad de ello depende de que el interviniente afectado exponga de manera concluyente que resultó perjudicado por la decisión. Entretanto, la distinción entre dirección material y dirección del juicio ha sido abandonada. En el presente caso, la negativa del presidente de recibir un requerimiento de prueba formulado antes del pronunciamiento de la sentencia constituye una infracción procesal, pues de conformidad con el § 246 el tribunal en principio está obligado a recibir pedidos de prueba hasta el comienzo del pronunciamiento de la sentencia (cf. § 25 nm. 11). Contra el rechazo del presidente, A y su defensor podrían solicitar la decisión del tribunal de conformidad con el § 238, inc. 2.º. Si no lo hacen, según la jurisprudencia constante –aunque muy problemática– no podría plantearse un motivo de casación basado en el error procesal del presidente (cf. 19, nm. 27). Por consiguiente, el planteo en casación en virtud del § 337 no sería exitoso (cf. BGH, *NStZ* 1992, p. 346).
Cf. § 19 nm. 24 ss.

(149) Ante todo el imputado, su defensor, la Fiscalía, el acusador adhesivo y el acusador privado.
Cf. § 20 nm. 1 s.

(150) No.
Cf. § 20 nm. 2.

(151) No, no más.
Cf. § 20 nm. 3.

(152) En principio, todo el juicio debe realizarse en presencia del acusado, § 230. Sin embargo, la StPO contiene varias excepciones y limitaciones. Aquí podría aplicarse el § 247, 2.ª oración, dado que K tiene trece años. El concepto «bienestar» no solo abarca el bienestar físico del niño, sino también el psíquico. En el caso, este último es el que se encuentra en peligro. De conformidad con el § 247, solo el tribunal está facultado para excluir a A del juicio mediante un auto fundado. El acusado puede permanecer ausente solo mientras dure el interrogatorio de K. A más tardar, a partir de la audiencia en la que se le toma juramento, A debe ser nuevamente admitido. En la medida de lo posible, debe informarse a A mediante una transmisión de video sobre el contenido del interrogatorio. En cualquier caso, A debe ser informado del contenido esencial de la declaración de K, tan pronto se encuentre nuevamente presente (§ 247, 4.ª oración). Solo si se cumple con las condiciones mencionadas *supra*, la exclusión de A de conformidad con el 247, 2.ª oración es admisible.
Cf. § 20 nm.4.

(153) De acuerdo con el § 145, inc. 1.º, 1.ª oración, en caso de una defensa necesaria, sí.
Cf. § 20 nm. 5.

(154) Sí. En el juicio oral debe garantizarse solamente la presencia de un representante de la Fiscalía, con lo cual pueden alternarse diferentes fiscales (cf. §§ 226, 227).
Cf. § 6 nm. 5 s.; § 20 nm. 6.

(155) En la ley no hay una regulación que prevea la posibilidad de que el imputado recuse al fiscal por temor de parcialidad. De acuerdo con la opinión dominante, los §§ 22 y ss. no se aplican analógicamente. Por lo tanto, los intervinientes en el proceso no tienen un derecho a recusar al fiscal que consideran parcial. Sin embargo, en el presente caso el peligro de que la fiscal no sea imparcial es grande. Si la fiscal X interviene en el juicio contra A, ello no sería conciliable con el mandato de un proceso conforme al Estado de derecho. Por ello, en las situaciones del § 22 y en caso de sospecha de parcialidad, es en primer lugar asunto del fiscal –aquí X– requerir su desvinculación. Al acusado A solo le queda la posibilidad de solicitar al superior jerárquico de conformidad con el § 145 GVG el reemplazo de la fiscal X, considerada parcial. El tribunal puede procurar la desvinculación, pero no puede realizarla en contra de la voluntad del director de la Fiscalía (cf. § 150 GVG). Por consiguiente, la desvinculación de X queda a la discreción del director de la Fiscalía que resulte competente y esta decisión no puede ser revisada.
Cf. § 20 nm. 6 s.

(156) El ofendido, funcionarios, asociaciones y quienes resultan afectados por la pérdida de derechos y el decomiso.
Cf. § 20 nm. 10 ss.

(157) El derecho a preguntar en forma directa, que permite que la pregunta no tenga que comunicarse primero al presidente para que él luego la formule, lo tienen los jueces que toman parte, los escabinos, la Fiscalía, el acusado y su defensor, cf. § 240, inc. 1.º y 2.º, 1.ª oración.
Cf. § 20 nm. 15.

(158) No, cf. § 240, inc. 1.º.

(159) No, § 240 inc. 2.º, 2.ª oración.
Cf. § 20 nm. 15.

(160) Las preguntas son inadecuadas cuando no contribuyen al descubrimiento de la verdad o por razones jurídicas no deberían ser formuladas.
Cf. § 20 nm. 16 s.

(161) No, porque en el § 241, inc. 2.º no se menciona el § 240, inc. 1.º. Si el presidente tiene reparos sobre la admisibilidad de la pregunta, según el § 242 la cuestión debe ser decidida por el tribunal.
Cf. § 20 nm. 16.

(162) No (discutido).
Cf. § 20 nm. 18.

(163) La StPO prevé los siguientes medios de prueba: testigos (§§ 48 ss.), peritos (§§ 72 ss.), inspección ocular (§§ 86 ss.) y documentos (§§ 249 ss.).
Cf. § 21 nm. 1.

(164) Únicamente sobre datos acerca de hechos, los cuales pueden ser tanto internos y externos como pasados o presentes. Lo que otro haya dicho también se considera un hecho (llamado testigo de oídas).
Cf. § 21 nm. 4.

(165) A los testigos les concierne el deber de comparecer (§§ 48, 51; 161a, inc. 1.º, 1.ª oración, 163 inc. 3.º, 1.ª oración), el deber de declarar conforme a la verdad (cf. §§ 153 ss. StGB), así como –en casos excepcionales– el deber de jurar (§§ 59 ss.).
Cf. § 21 nm. 5 ss.

(166) El derecho de abstenerse a prestar testimonio permite que el testigo se niegue por completo a declarar, ya sea a causa de una situación personal

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

conflictiva (§ 52) o por razones basadas en la protegección de la confianza en una determinada institución (§§ 53, 53a). Por el contrario, el derecho de abstenerse de responder preguntas, que debe ahorrarle una situación conflictiva interna, de modo que en virtud del deber de decir la verdad no se vea forzado a autoincriminarse o a incriminar a un pariente, permite que solo se niegue a responder las preguntas respectivas. El derecho de abstenerse de prestar testimonio tiene un efecto general; el derecho de abstenerse de responder preguntas, solamente puntual. Sin embargo, en casos extremos, puede negarse a responder todas las preguntas, si de cada respuesta pudiera resultar un riesgo.
Cf. § 21 nm. 9 ss.

(167) De acuerdo con el texto de la ley, no. A y B no son cónyuges en el sentido del § 52, inc. 1.º, núm. 2, ni existe entre ellos una unión civil conforme al § 52, núm. 2a (que no está prevista para parejas de distinto sexo). Sin embargo, el § 52 podría aplicarse analógicamente al caso de parejas que conviven sin estar casadas. Ello presupone la existencia de una laguna no intencional en la regulación y que las situaciones sean equiparables. El hecho de que la convivencia, sin matrimonio, haya experimentado un gran aumento en los últimos años y que al mismo tiempo su aceptación crezca continuamente, conduce a suponer que el legislador histórico no dejó de lado esta forma de vida conscientemente, sino que la necesidad de una regulación surgió recién con posterioridad. Por lo tanto, no se trata de una laguna intencional. Además, la situación que fundamenta el derecho de abstenerse a prestar testimonio se presenta, del mismo modo, tanto en el matrimonio, en la unión civil como en la mera convivencia: las uniones similares al matrimonio también pueden verse fuertemente perjudicadas a causa del deber de decir la verdad. La pareja del ejemplo se encuentra asimismo en una situación conflictiva interna. Por otra parte, si se repara en que aun los matrimonios inválidos, putativos o aparentes, fundamentan un derecho de abstenerse de prestar testimonio, y ello incluso más allá de su conclusión, resulta preferible aplicar analógicamente el § 52 y reconocer un derecho de abstenerse de prestar testimonio también a la pareja que convive sin estar casada, concepto que entretanto la jurisprudencia ha delimitado con claridad.
Según este punto de vista, A puede negarse a prestar testimonio en el proceso contra B.
Cf. § 21 nm. 9 ss.

(168) Es seguro que el coimputado no puede ser testigo en su propia causa. Mientras el proceso contra R, S y T sea tramitado en forma conjunta, R no puede ser interrogado como testigo, porque el robo de joyas, sobre el que debería declarar, también es «su causa». Si se considera desde un punto de vista puramente formal, una vez que se separa el proceso contra R, este ya no es más coimputado, de manera que su interrogatorio como testigo

en el proceso contra S y T parecería concebible. Sin embargo, como la declaración de R (también) se refiere a su propio asunto, según la opinión general, la separación del proceso con esta finalidad no es admisible. Solo hay diferencias en las fundamentaciones.
Para la jurisprudencia este modo de proceder es en principio admisible, pero solo cuando R no se convierta en testigo de su propia causa. La separación del proceso y el interrogatorio como testigo serían procedentes, por ejemplo, si R debiera ser escuchado sobre hechos de S y T que no tengan relación alguna con el hecho que se le atribuye. Entonces, dado el caso, tiene la posibilidad de abstenerse de responder preguntas de conformidad con el § 55.
Para el punto de vista material, el sospechoso, independientemente de su rol procesal, es imputado y, por tal razón, no debe ser interrogado como testigo. Sin embargo, esta solución contradice la StPO, que en el § 60, núm. 2 trata al testigo sospechoso de haber cometido el hecho como testigo y no como imputado.
Si se sigue un punto de vista más bien formal, una vez que el afectado es considerado imputado por las autoridades a cargo de la persecución (y hasta tanto no se cierre su proceso) ya no puede modificar ese rol. Conserva esta condición y, por ello, no puede ser interrogado como testigo por los hechos que atañen a S y T aun cuando los procesos se separen.
En el caso, todas las opiniones llegan al mismo resultado; R no debe ser interrogado como testigo.
Cf. § 21 nm. 24.

(169) El dictamen del perito se basa en hechos vinculados. Una parte de ellos tiene como fuente las actuaciones del tribunal, otra, los hallazgos, esto es, los resultados que obtuvo en su carácter de perito. Entre ellos no se cuenta a los hechos adicionales, ya que solo toma conocimiento de estos «con ocasión» de su trabajo como perito y no son resultado de sus conocimientos especiales. Acerca de estos hechos adicionales debe ser interrogado como testigo y no cuenta al respecto con un derecho a abstenerse de prestar testimonio en virtud del § 53 StGB, pues el experto se ha desempeñado como un «auxiliar del juez» y no como médico.
Cf. § 21 nm. 30.

(170) Se diferencia entre hechos principales, indicios y hechos auxiliares. Los hechos principales son aquellos que satisfacen directamente un elemento del tipo, los indicios permiten llegar a una conclusión sobre los hechos principales mediante reglas de la experiencia, y los hechos auxiliares son indicios que se refieren a la fuerza probatoria de la deducción.
En el caso de los indicios, debe tenerse especialmente en cuenta que aunque solo admiten una conclusión sobre un hecho principal con una de-

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

terminada probabilidad, ellos deben constar por sí mismos, es decir, su existencia no debe acreditarse solamente como una cierta probabilidad.
Cf. § 23 nm. 2 ss.

(171) Se distingue entre prueba estricta y prueba libre. Característico de la primera es que, en un procedimiento de recepción de la prueba, regulado en concreto, solo resultan admisibles determinados medios de prueba. La prueba libre puede producirse de cualquier forma.
El procedimiento de prueba estricta debe aplicarse dentro del juicio oral a todas las cuestiones referidas a la culpabilidad y a las consecuencias jurídicas; el procedimiento de la prueba libre se emplea para toda recolección de prueba fuera del juicio oral, así como para la prueba de hechos procesales relevantes durante el juicio oral y en el procedimiento de casación.
Cf. § 23 nm. 7 s.

(172) A invoca la prohibición de valoración del § 136a, inc. 3.º, 2.ª oración, porque proporcionar una dosis del suero de la verdad constituye un «suministro de medios» en el sentido del § 136a, inc. 1.º, 1.ª oración. Solo cuando la existencia de esta prohibición de valoración se refiera a una cuestión relativa a la culpabilidad o a la consecuencia jurídica, el llamado telefónico al funcionario policial constituiría un medio de prueba inadmisible, porque en estos casos regiría el procedimiento de prueba estricta. La opinión dominante considera que en estos supuestos se trata de una cuestión procesal para la cual rige el procedimiento de prueba libre. De esta forma, el procedimiento del juez sería admisible. Más allá de esto, aquí el *in dubio pro reo* no resulta aplicable. La opinión contraria considera que la (potencial) infracción al § 136a constituye una afectación tan masiva a la posición procesal del imputado, que la prueba libre no sería apropiada. Debido a que la mayoría de las veces existiría una estrecha relación (de la declaración en cuestión) con la decisión de mérito, debería considerarse que se trata de una prueba estricta. Por lo tanto, como el llamado telefónico no está previsto en la StPO como un medio de prueba, el procedimiento del juez sería inadmisible.
Cf. § 23 nm. 8.

(173) No es necesario acreditar los hechos notorios, o sea, los hechos generalmente conocidos o los hechos notorios judiciales.
Cf. § 23 nm. 11 s.

(174) En el requerimiento de prueba debe solicitarse la producción de una prueba y mencionarse un hecho probatorio y un medio de prueba determinado. La propuesta de prueba no contiene un requerimiento de producción de prueba, ello queda librado a la discreción del tribunal. En el requerimiento de investigación de prueba, no se indica ningún hecho probatorio, y/o ningún medio de prueba determinado.
Cf. § 25 nm. 2 ss.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

(175) En primer lugar, el requerimiento de investigación de prueba puede rechazarse sin una formalidad específica (a diferencia del requerimiento de prueba de conformidad con el § 244, inc. 6.º). Si el rechazo resulta injusto, según el § 338, núm. 8 no existe un motivo absoluto de casación, pero en virtud del § 337 es posible un motivo relativo basado en la infracción al deber de esclarecimiento, § 244, inc. 2.º.
Cf. § 36 nm. 23.

(176) Las causales de rechazo son diferentes según se trate de un medio de prueba presente (entonces se aplica el § 244, inc. 3.º-5.º) o de uno no presente (entonces, el § 245, inc. 1.º y 2.º). En el caso de los medios de prueba presentes debe distinguirse si se refiere a personas u objetos. Además, depende de quién procuró la presencia del medio de prueba. Las causales de rechazo están enumeradas taxativamente.
Cf. § 25 nm. 13 ss.

(177) En los casos de testigos y peritos citados por el tribunal (§ 214, inc. 1.º) o por otros intervinientes en el proceso (§§ 214, inc. 3.º; 220, inc. 1.º) y que han comparecido, así como de objetos de la inspección ocular y documentos que se encuentran en el tribunal, se trata de medios de prueba presentes. Los testigos y peritos que simplemente son «llevados» (sin una citación previa), no son medios de prueba presentes.
Las posibilidades de rechazo según el § 245 son más limitadas que las del § 244. Los testigos y peritos citados por el tribunal, y que han comparecido, deben ser interrogados (sin un requerimiento especial, § 245, inc. 1.º, 1.ª oración); la recepción de la prueba debe alcanzar igualmente a todos los medios de prueba procurados por el tribunal y la Fiscalía (§ 245, inc. 1.º, 1.ª oración). Un requerimiento de prueba que se refiera a otro medio probatorio presente solo puede ser rechazado bajo las condiciones previstas en el § 245, inc. 2.º, 3.ª oración.
Cf. § 25 nm. 14 ss., 31 ss.

(178) Sí, debido a que el «detector de mentiras» constituye un medio de prueba totalmente inadecuado de conformidad con el § 244 inc. 3º, 2.ª oración. La razón de ello es que este método se basa en simplificaciones psicológicas y no es suficientemente confiable.
Cf. § 9 nm. 16; § 25 nm. 22.

(179) En el § 261, porque la «esencia del juicio oral» solo comprende lo que se debatió en el proceso.
Cf. § 26 nm. 1.

(180) La interpelación libre de formalidades es un medio para realizar el interrogatorio en el caso de la prueba personal. Consiste en citar una parte de un

instrumento o leerlo completamente, por ejemplo, porque el imputado o el testigo expresan algo distinto a lo que manifestaron en un interrogatorio anterior, o porque se olvidaron completamente de ello. No se trata de una lectura del documento de conformidad con el § 249, sino de valorar la reacción de la persona interpelada frente a lo que se le ha leído.
Cf. § 26 nm. 3 s.

(181) La StPO prevé las siguientes reglas sobre interrogatorios audiovisuales:
La grabación simultánea de conformidad con el § 58a.
El interrogatorio mediante transmisión simultánea de audio y video de testigos fuera del juicio oral §§ 58b, 168e.
La grabación simultánea en audio y video del interrogatorio del imputado § 136 inc. 4.º.
Transmisión simultánea de audio y video del interrogatorio del imputado, § 163a inc. 4.º, 2.ª oración.
Transmisión y grabación en audio y video de interrogatorios de testigos y peritos en el juicio oral, § 247a.
La valoración se produce mediante la reproducción de la grabación (prueba de inspección ocular); al respecto, téngase en cuenta el § 255a, que declara aplicables los §§ 251, 252, 253 y 255, es decir, regulaciones para la prueba documental mediante actas.
Cf. § 9 nm. 8; § 26 nm. 5 ss.; § 27 nm. 25 s.

(182) En primer lugar, el § 249 establece que los documentos deben ser leídos. Sin embargo, el § 250 coloca la prueba personal por encima de la prueba material (principio de inmediación) y exige el interrogatorio de la persona en el juicio oral. Los §§ 251, 253, 254, 256 (lectura permitida) contienen excepciones, mientras que el § 252, en cambio, prohíbe la lectura en determinados grupos de casos.
Cf. § 27 nm. 1.

(183) Presupuestos:
Que un testigo haya sido interrogado antes del juicio oral (aquí también quedan comprendidas las declaraciones en el marco de un interrogatorio informativo, pero no las manifestaciones espontáneas).
Que este haga uso de su derecho de abstenerse de prestar testimonio recién en el juicio oral (el § 252 no habla del derecho a abstenerse de responder preguntas previsto en el § 55).
Consecuencias jurídicas:
El acta de su declaración anterior no debe ser leída. Además, para la opinión dominante existe una prohibición de valoración absoluta, de modo que tampoco puede interrogarse como testigo de oídas a la persona que condujo el interrogatorio.
Cf. § 27 nm. 8 ss.

(184) Los reparos del defensor podrían basarse en el § 252. Si se dan los presupuestos de esta disposición, la persona de confianza no podría ser interrogada como testigo debido a la existencia de una prohibición de valoración de carácter absoluto. Sin embargo, el texto del § 252 habla de una declaración anterior en el marco de un interrogatorio. Pero aquí no hubo un interrogatorio, porque la persona de confianza no se presentó ante Z en un carácter oficial, ni exigió información de él bajo esa condición. Podría argumentarse que solo en esta situación surge un conflicto entre el deber de verdad y el vínculo familiar, intereses que el § 52 pretende equilibrar y el § 252 apuntalar en el curso posterior del proceso. Debido a que aquí no se presenta esta situación, el § 252 no resulta pertinente. Por lo tanto, la persona de confianza puede ser interrogada como testigo.

Los reparos entonces podrían tener lugar, si, como aquí, el hombre de confianza es introducido conscientemente para eludir el derecho de abstenerse de prestar testimonio. Entonces, las autoridades a cargo de la persecución penal se esconden conscientemente detrás de un privado y, de esta forma, consiguen conocimientos que de otro modo habrían permanecido ocultos. Con ello, podría justificarse una aplicación analógica del § 252 y, por lo tanto, el hombre de confianza no debería ser interrogado.

Cf. § 9 nm. 20; § 27 nm. 15.

(185) Como en el caso anterior, aquí tampoco hay un interrogatorio, de modo que la aplicación del § 252, que impediría una lectura del «acta», en principio no resulta pertinente. Sin embargo, se trata de una situación similar a un interrogatorio, porque la información de la prometida tenía como destino su utilización en el proceso contra A (lo cual ella podía reconocer). En este sentido, se presenta la situación de conflicto que pretende proteger el § 252: si se pudiera leer la declaración anterior, la existencia del derecho de abstenerse de prestar testimonio ahora no tendría sentido. A ello se suma que la información, si hubiera sido manifestada ante un juez o fiscal, no hubiera podido valorarse, a pesar de que estas autoridades están obligadas a la objetividad en virtud del § 160, inc. 2.º, e incluso se puede incurrir en responsabilidad penal por lo que se diga frente a ellas (cf. §§ 145d, 164 StGB). Entonces, la declaración realizada frente a un defensor, ante quien se puede mentir con impunidad, y quien está obligado a representar unilateralmente los intereses del imputado, no puede ser valorada. En consecuencia, el § 252 resulta aplicable, y el tribunal con razón no valoró la información.

Cf. § 27 nm. 15.

(186) La jurisprudencia admite el interrogatorio cuando el interrogatorio anterior ha sido tomado por un juez. Ello se fundamenta en que, de un modo muy general, la StPO concede más confianza al juez.

Según la posición del Gran Senado no es necesario que el testigo (calificado) tenga que ser informado de que en cualquier caso se puede recurrir al

juez interrogador para la valoración de la información (discutido). Por el contrario, la opinión dominante en la literatura no está dispuesta a seguir esta posición, porque la StPO también prescribe deberes de instrucción para la Policía y la Fiscalía (§§ 161a, 163, inc. 6.º), y en este sentido, no puede aceptarse que estos interrogatorios ostenten una «peor calidad». Por lo tanto, la prohibición de valoración es, en efecto, absoluta y no autoriza a realizar la excepción que hace la jurisprudencia.
Cf. § 27 nm. 10.

(187) No, el § 252 solo se aplica cuando el testigo en el juicio oral invoca su derecho a abstenerse de prestar testimonio en forma continua. En cuanto realiza una declaración, se pone nuevamente a disposición como medio de prueba. En el caso, no se presenta la situación de conflicto del § 252, por lo cual, sus declaraciones previas pueden ser valoradas.
Cf. § 27 nm. 10.

(188) El texto del § 252, «el derecho a negar el testimonio», habla en contra de una inclusión del § 55. Ello vale también para el sentido y la finalidad de la regulación: el derecho a abstenerse de responder preguntas sirve solo para la protección del testigo. Si a través de su declaración anterior renunció a esta protección, esta decisión es definitiva. Incluso en ese instante podría iniciarse un proceso en su contra. Aquí, la situación de conflicto contemplada en el § 252 no se presenta, por lo tanto, la norma no resulta aplicable.
Cf. § 27 nm. 13.

(189) Si el § 252 resulta aplicable, el funcionario policial no puede ser interrogado. Ello podría resultar dudoso tanto si se considera que el derecho a abstenerse de prestar testimonio se originó en el marco de un «proceso de manipulación desleal» (matrimonio aparente), como también si se repara en que cuando se realizó el interrogatorio policial este derecho todavía no existía.
Al igual que el BGH, podría suponerse que en el caso del ejemplo no existe una situación de conflicto comparable a la del § 252, precisamente porque se trata de un matrimonio aparente. Sin embargo, para comprobar que existe un derecho a abstenerse de prestar testimonio no se realiza un examen del caso en concreto, por el contrario, este es reconocido siguiendo criterios formales estrictos. Ello también queda demostrado por el hecho de que los cónyuges, incluso después del divorcio, tienen el derecho de abstención. Como el criterio formal del matrimonio se encuentra satisfecho, existe un derecho a abstenerse de prestar testimonio.
Sin embargo, este derecho recién surgió en el transcurso del procedimiento principal y durante el interrogatorio policial todavía no existía. No obstante, ello es suficiente, ya que el testigo, precisamente en el juicio oral, debe ser preservado de perjudicar la relación personal con el acusado.

En esta situación, ni siquiera el juez que lo interrogó previamente puede ser citado como testigo, porque de lo contrario la finalidad de protección del derecho de abstenerse de prestar testimonio carecería de valor. Debe observarse que en los casos de los derechos de abstenerse de prestar testimonio según los §§ 53 y 53a que surgen con posterioridad, su ámbito de protección no se vería frustrado.
En consecuencia, el § 252 se opone a un interrogatorio del funcionario policial.
Cf. § 27 nm. 10 s.

(190) Para ello se recurre a la llamada teoría de los niveles. En su primer nivel se pueden imponer ciertas limitaciones externas al interrogatorio. Su segundo nivel prevé un interrogatorio por comisión, y en el tercer nivel se puede recurrir a testigos de oídas.
Cf. § 27 nm. 31 ss.

(191) El tribunal debe procurar que se anule la declaración de bloqueo o impedimento, en especial, cuando tiene dudas sobre la conformidad jurídica de esta decisión, de modo que al menos sea posible realizar un interrogatorio por comisión. Para ello debe motivar una decisión de las autoridades superiores de la Administración; en su caso, también puede ser necesaria la interposición de una reconsideración. Ante todo, el tribunal debe agotar todas las posibilidades de realizar un videointerrogatorio. Si estos esfuerzos no tienen éxito, el testigo resulta inasequible, de modo que la solicitud de prueba de conformidad con el § 244, inc. 3.º, 2.ª oración puede rechazarse. Según la situación, el deber general de esclarecimiento del § 244, inc. 2.º puede imponer, no obstante, que se interrogue a un testigo de oídas.
Solo cuando la decisión de bloqueo es arbitraria o evidentemente errónea, el tribunal no puede recurrir a pruebas sustitutas, con la consecuencia de que los conocimientos del agente encubierto quedan (deben quedar) completamente fuera de consideración.
Cf. § 27 nm. 36.

(192) Las prohibiciones de recolección probatoria proscriben la recolección de pruebas con ciertos medios o métodos de prueba. Las prohibiciones de valoración probatoria proscriben la consideración de determinados resultados probatorios en la sentencia. No toda violación de una prohibición de recolección probatoria conduce también a una prohibición de valoración. Además, tampoco debe atribuirse toda prohibición de valoración probatoria a la infracción de una prohibición de recolección probatoria.
Cf. § 28 nm. 1 ss.

(193) Si la prohibición de valoración probatoria es desencadenada por una prohibición de recolección probatoria, se dice que existe una prohibición de

valoración probatoria dependiente; si la prohibición de valoración está proscrita, a pesar de que la recolección probatoria se realizó conforme con el ordenamiento, se dice que hay una prohibición de valoración independiente.
Las prohibiciones probatorias pueden estar reguladas expresamente (p. ej., §§ 81a, inc. 3.º; 136a, inc. 3.°; 100d, inc. 2.º, 1.ª orac.) o resultar de las reglas generales.
Cf. § 28 nm. 4 s.

(194) Hasta el momento no se ha podido formular una regla general válida para todos los casos. Se proponen las siguientes fórmulas:
Teoría del ámbito de derechos: esta teoría, defendida antiguamente por el BGH y que, entretanto, solo cumple una función subsidiaria, considera que hay una prohibición de valoración cuando con la infracción a la disposición sobre recolección probatoria se afecta esencialmente el ámbito de derechos del imputado. No hay una prohibición de valoración, cuando para el imputado esta infracción es solo de importancia secundaria o nula.
Teoría del fin de protección de la norma.
Teoría de la ponderación: se realiza una ponderación entre el interés del Estado en la administración efectiva de la justicia penal y los derechos individuales del acusado, en particular, son relevantes la gravedad del reproche y el peso de la infracción contra una norma procesal.
Cf. § 28 nm. 8 ss.

(195) Sí, porque el principio *nemo tenetur* tiene un gran peso y de otro modo no se garantizaría un proceso leal. El peligro de una autoincriminación impensada ya es bastante grande en el procedimiento de investigación, el imputado en particular merece protección. Sin embargo, existe una excepción cuando el imputado sabía de su derecho a guardar silencio. Además, la necesidad de protección falta en el caso de un acusado que cuenta con defensor, cuando no se objetó la valoración de la prueba. Con frecuencia, ello es objeto de críticas, ya que no es tarea del defensor subsanar errores procesales.
Cf. § 9 nm. 11; § 28 nm. 22.

(196) En principio, la violación del § 52, inc. 3.º conduce a una prohibición de valoración, porque el fin de protección del derecho de abstenerse a prestar testimonio precisamente es la consideración del vínculo familiar, y no debería proteger únicamente al testigo. Después de su muerte, no se suprime este fin de protección, lo único que ya no puede alcanzarse es la protección del propio testigo. De acuerdo con la opinión dominante en la doctrina, la protección del resto de la familia exige que su declaración tampoco sea valorada después de su muerte.
Cf. § 28 nm. 15.

(197) En primer lugar, debe mencionarse que el § 53 no conoce un deber de instruir, de modo que no se puede recurrir a la «infracción» respectiva para fundamentar una prohibición de valoración.

Como no es evidente que P supuso equivocadamente que tenía un deber de declarar, sino que más bien declaró por «razones de conciencia», tampoco hay una infracción al deber de asistencia del tribunal, lo cual, en su caso, acarrearía una prohibición de valoración.

Sin embargo, puede suponerse que una infracción jurídico-material al § 203 StGB por parte de P aquí podría conducir a una prohibición de valoración. La relación de confianza que surge del § 53 solo estaría realmente protegida, cuando quien confía puede estar seguro de que el receptor de la confianza no será oído por los tribunales del Estado. Sin embargo, con esta opinión se pasaría por alto que el § 53 no protege en primer lugar la relación de confianza individual, sino la confianza en las instituciones mencionadas, de modo que el fin de protección habla en contra de aquella opinión. A ello se agrega que el § 53 solo contiene el derecho, no el deber de abstenerse de prestar testimonio. Por último, la cuestión de una punibilidad de conformidad con el § 203 StGB no siempre es clara, de modo que hay mejores razones para no aceptar una prohibición de valoración.

Cf. § 28 nm. 16 s.

(198) De acuerdo con la opinión mayoritaria, no, porque el § 55 no debe proteger al acusado de declaraciones falsas de un testigo en peligro, sino solo al testigo (de su propia autoincriminación o de la incriminación de parientes cercanos). Por ello, una infracción al § 55 no interviene en el ámbito de derechos del acusado, o sea, el fin de protección de la norma infringida no exige una prohibición de valoración.

De acuerdo con la opinión contraria, el § 55 también protegería al acusado y, por cierto, de declaraciones testimoniales que no son conforme a la verdad.

Si posteriormente el testigo se convierte en acusado, surge en este proceso una prohibición de valoración, porque ahora está en juego la protección del propio testigo.

Cf. § 28 nm. 19.

(199) Que la confesión del primer interrogatorio no puede valorarse resulta del §136a, inc. 3.º, 2.ª oración. El segundo interrogatorio, sin embargo, se desarrolló de manera lícita –si se parte de que fue instruido de conformidad con el §136, inc. 1.º, 2.ª oración–. No obstante, podrían surgir dudas acerca de si puede ser valorado: quizás no era claro para el imputado que su confesión anterior no sería valorada, él se sintió vinculado a esa declaración y, por ello, concretizó sus explicaciones. Con ello, al fin y al cabo, se perpetuó la infracción procesal. Lo correcto es que en el segundo interrogatorio el imputado sea «instruido cualificadamente». Se le debe informar que las declaraciones que prestó hasta ese momento no pueden

ser valoradas. De otro modo, tampoco podrían valorarse las declaraciones del segundo interrogatorio (discutido).
Cf. § 9 nm. 11.

(200) Hay una infracción al § 81a, inc. 1.º, 2.ª oración, porque K en verdad no es médica. Sin embargo, es dudoso si esta infracción también conduce a una prohibición de valoración. En principio, este no es el caso, porque el fin de protección de la norma es la protección de la integridad física; y esta protección, incluso en el caso de una prohibición de valoración, de todas formas ya no puede alcanzarse. Además, en el presente caso el error no conduce a una disminución de la calidad probatoria de la extracción de sangre. Sin embargo, debe hacerse una excepción si, como aquí, se trata de una medida que a sabiendas fue ordenada ilícitamente; en este caso, la orden atenta contra el principio del Estado de derecho. Por lo tanto, la muestra de sangre no es susceptible de valoración.
Cf. § 28 nm. 27.

(201) Como hay una incautación debe recurrirse a los presupuestos de los § 94 ss. De conformidad con el § 97, inc. 1.º, núm. 3 existe aquí una prohibición de incautación. Una infracción contra esta disposición conduce a una prohibición de valoración. Sin embargo, podría suponerse, con el argumento del curso de investigación hipotético, que la muestra de sangre también podría haberse conseguido lícitamente a través de una medida de conformidad con el § 81a, de modo que la prohibición de incautación no sería relevante. Sin embargo, a ello se opone que en la situación concreta (no había un médico presente) tampoco habría sido posible una injerencia de conformidad con el §81a. Además, con esta argumentación se violaría la prohibición de valoración del §97.
La infracción al §97, inc. 1.º, n.º 3 conduce a una prohibición de valoración probatoria.
Cf. § 28 nm. 28.

(202) Como el aseguramiento de conformidad con el §94 fue lícito, se plantea la posibilidad de una prohibición de valoración independiente, que aquí podría resultar del derecho general a la personalidad consagrado en el art. 2.º, inc. 1.º en conexión con el art. 1.º, inc. 1.º GG. Al respecto, se diferencian tres esferas, dentro de las cuales las condiciones para una valoración del diario íntimo son distintas. Si las anotaciones en el diario íntimo afectan al ámbito nuclear de la personalidad, una valoración de las mismas sería sin excepción inadmisible. Si, por el contrario, se trata de la esfera privada simple, deben ponderarse los intereses personales del individuo y el interés en una persecución penal efectiva. No hay reparos contra la valoración cuando las anotaciones corresponden al ámbito social.
Si se parte del hecho de que a causa del contenido penalmente relevante se ven afectados intereses de la generalidad, y que con ello se abandona la

esfera interna de la personalidad, la sospecha de un delito especialmente grave predominaría tendencialmente frente al interés individual y, de esta forma, posibilitaría en principio la valoración. Además, ello se vería respaldado por el hecho de que A entretanto murió y su derecho general a la personalidad ha comenzado a esfumarse.

Incluso si se parte de que las discusiones con uno mismo no pasan a formar parte de la esfera privada simple por el hecho de ser plasmadas en un diario íntimo, deberá aceptarse aquí, en razón de que se describió el hecho, la posibilidad de valorar esta parte (siempre que la separación sea posible).

Cf. § 28 nm. 39.

(203) Ello depende de si se acepta o no el efecto extensivo de las prohibiciones probatorias (doctrina del *fruit of the poisonous tree*). Según esta doctrina, la prueba hallada de manera indirecta a través de una prueba que no puede ser valorada (aquí la declaración de B, de conformidad con el §136a, inc. 3.º, no es susceptible de valoración) tampoco puede ser valorada.

A favor del efecto extensivo habla el hecho de que no debe crearse un incentivo para eludir las disposiciones sobre recolección probatoria y que resulta sumamente dudoso que no se pueda valorar la declaración por sí misma, pero sí los conocimientos obtenidos (indirectamente) de ella. Se puede hacer una excepción si las autoridades a cargo de la persecución penal igualmente hubieran conseguido la prueba sin la infracción procesal (curso procesal hipotético). De acuerdo con ello, el instrumento del hecho no debe utilizarse en principio como medio de prueba.

Si junto con el BHG y la opinión dominante se presupone que un error procesal no debería conducir a la paralización del proceso en su conjunto y que de allí resultaría una sanción penal (p. ej., el § 343 StGB) o disciplinaria para el funcionario policial, el instrumento del hecho sería entonces un medio de prueba admisible.

Cf. § 9 nm. 27 ss.; § 28 nm. 43.

(204) El silencio del imputado, que constituye uno de sus derechos, no debe ser valorado en su contra, porque de lo contrario este derecho y, con ello, el principio *nemo tenetur* perderían todo valor.

Lo mismo vale para el silencio ocasional, esto es, cuando el imputado guarda silencio en el procedimiento de investigación y declara recién después, en el juicio oral.

El caso es diferente cuando el acusado calla parcialmente, esto es, en principio declara, pero no responde determinadas preguntas o lo hace de manera incompleta. Con su declaración se convierte a sí mismo en un medio de prueba, de modo que del silencio parcial pueden extraerse conclusiones en su perjuicio. Sin embargo, un silencio parcial existe solo cuando el imputado o acusado declara o calla parcialmente respecto de un hecho (cuando a él se le atribuyen varios) en el marco de un interrogatorio.

Cf. § 29 nm. 10 ss.

(205) Como se explicó *supra* está permitido extraer conclusiones desventajosas del silencio parcial del imputado o acusado. Un silencio parcial no solo existe cuando se niega (parcialmente) a responder las preguntas que se le formularon, sino también cuando de propia iniciativa solo da información incompleta de un suceso. Por lo tanto, las consecuencias desventajosas son admisibles cuando el imputado o acusado guarda silencio sobre un determinado punto de un suceso único. Sin embargo, ello vale solo cuando, según las circunstancias, habría sido esperable que brindara información sobre ese punto, otras causas posibles del silencio pueden ser excluidas y la información brindada aparentemente no tiene una naturaleza fragmentaria.

Sin embargo, en el caso, A no se dirigió a la comisaría para hacer una descripción completa del hecho, sino primero quería que lo condujeran ante el funcionario policial competente, lo cual pidió expresamente. La respuesta a la pregunta solamente pretendía aclarar su petición, pero no entregar una completa explicación del hecho.

En este sentido, no eran de esperarse más explicaciones al respecto, de modo que no existe un silencio parcial y las consecuencias del tribunal fueron inadmisibles.

Cf. § 29 nm. 10 ss.

(206) A diferencia del caso en el que un testigo invoca su derecho a abstenerse de prestar testimonio, pues de otro modo aquí su decisión libre de no declarar carecería de valor, el silencio del testigo en virtud del § 55 sí puede ser valorado en contra del acusado. El § 55 solamente protege al propio testigo, no su relación personal o profesional con el acusado, de modo que con las correspondientes conclusiones no se viola un derecho del afectado.

En un proceso posterior en contra del (antiguo) testigo, este silencio, sin embargo, no puede valorarse en su contra, pues de otro modo existiría una infracción del principio *nemo tenetur*.

Cf. § 29 nm. 15.

(207) Por «acuerdo» se entiende la finalización convenida del proceso. Este tipo de acuerdos son posibles en cualquier estadio del proceso. Existe una regulación legal desde la promulgación de la «Ley para la regulación del acuerdo en el proceso penal» de 28 de mayo de 2009. Las nuevas disposiciones son las siguientes: §§ 35a; 44; 160b; 202a; 212; 243, inc. 4.º; 257b; 257c; 267, inc. 3.º, 5.ª oración; 273, inc. 1.º, 1.ºa; 302.

Cf. § 30 nm. 4.

(208) Cf. § 30 nm. 2 ss.

(209) Cf. § 30 nm. 6.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

(210) Cf. § 30 nm. 6 ss.

(211) Sí, del «acuerdo» no surge ningún impedimento procesal. No se llegó a la imposición ni al cumplimiento de la condición. Sin embargo, el principio del proceso leal exige que al destinatario se le conceda una atenuación considerable de la pena.
Cf. § 30 nm. 7 s.

(212) De acuerdo con el § 302, inc. 1.º, 2.ª oración de la StPO, el acuerdo ya no puede referirse a una renuncia a los recursos. Antes del pronunciamiento de la sentencia, no puede convenirse una renuncia a los recursos de forma inalterable, ni establecerse como condición. Por lo tanto, hasta que transcurra el plazo para recurrir el acusado todavía puede defenderse contra la sentencia.
Cf. § 30 nm. 6.

(213) La sentencia procesal tiene lugar cuando existe un impedimento procesal y no tiene prioridad una absolución. De una sentencia procesal solo surge un agotamiento de la acción penal, cuando el impedimento procesal ya no puede subsanarse.
Una sentencia de fondo puede presentarse como una sentencia condenatoria (§§ 267, inc. 1.º, 2.º y 3.º), absolutoria (§ 267, inc. 5.º) o como una forma combinada de condena y absolución o sobreseimiento. No puede ir más allá del hecho de la acusación, aunque tampoco puede quedarse detrás o comprender solamente partes de él. Una sentencia de fondo produce un agotamiento de la acción penal.
Cf. § 31 nm. 1 ss.

(214) El objeto es el hecho procesal descrito en la acusación que ha sido admitida, § 264.
Cf. § 31 nm. 5.

(215) Cf. § 31 nm. 12 ss.

(216) Formalmente, una sentencia adquiere autoridad de cosa juzgada cuando no puede (o ya no puede) ser impugnada mediante un recurso ordinario por los intervinientes en el proceso.
La cosa juzgada formal es condición para la cosa juzgada material; según esta última, por medio de la sentencia inimpugnable, inmodificable, es decir, (formalmente) firme tiene lugar un «agotamiento de la acción penal».
Cf. § 32 nm. 1 ss.

(217) De acuerdo con el *ne bis in idem,* un condenado no puede ser penado una vez más por el mismo asunto; por ello, un nuevo proceso en su contra

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

resulta inadmisible. Ello rige también para las absoluciones. Además, crea un derecho subjetivo. Este principio está regulado en el § 103, inc. 3.º de la GG.
Cf. § 32 nm. 6, 13.

(218) Solamente la parte dispositiva de la sentencia, no sus fundamentos.
Cf. § 32 nm. 8.

(219) No, una «acción complementaria» no es admisible. Se mantiene el efecto de la cosa juzgada, porque un esclarecimiento incompleto del hecho, en virtud del *ne bis in idem* no debe repercutir en perjuicio del condenado por sentencia firme.
En la variante se plantea la cuestión del alcance de la cosa juzgada en los autos que adoptan una decisión de fondo y ponen fin al proceso por un hecho. De acuerdo con la opinión dominante, solo puede presentarse una acusación en la misma causa en razón de hechos o medios de prueba nuevos. Ello se desprende de la regulación del § 174, inc. 2.º, que según la opinión dominante constituye una idea jurídica fundamental. Para el § 153 debería regir lo mismo que para el § 153a: una nueva acusación, cuando el hecho puede constituir un delito grave (cf. § 12 nm. 21).
Cf. § 32 nm. 9, 14.

(220) No. Según el § 407, inc. 1.º, un procedimiento por mandato penal solo es admisible, cuando se trata de un delito leve que cae dentro de la esfera de competencia material del juez penal o del Tribunal de Escabinos. Debido a la ampliación de la competencia del juez penal (expectativa de pena de 2 años, § 25 GVG), por un lado, y, por otro, a la posibilidad de que en el procedimiento por mandato penal se imponga una pena privativa de la libertad como máximo de 1 año (§§ 407, inc. 2.º, 2.ª oración), el Tribunal de Escabinos, de hecho, ya no resulta competente.
Por el contrario, en el caso del delito de daños puede iniciarse un procedimiento por mandato penal.
Cf. § 33 nm. 1 s.

(221) De conformidad con el § 408, inc. 3.º, 2.ª oración debe convocar un juicio oral. El requerimiento de mandato penal debe ser comunicado al imputado sin mencionar la solicitud de pena, § 408, inc. 3.º, 3.ª oración.
Cf. § 33 nm. 5.

(222) Según el § 408a, inc. 1º, el juez puede pasar al procedimiento por mandato penal todavía después de la apertura del procedimiento principal, siempre que se encuentren satisfechos los presupuestos del §§ 407, inc. 1.º, 1.ª y 2.ª oración y no se opongan reparos contra la emisión de un mandato penal.

De otro modo, existe la posibilidad de continuar con el procedimiento principal, ordenar la comparecencia, así como emitir una orden de detención, §§ 230, inc. 2.º; 236.
Cf. § 33 nm. 3a.

(223) Según el § 410, inc. 1.º puede presentar una objeción. El acusado debe ser instruido acerca de esta posibilidad; § 409, inc. 1.º, n.º 7. La objeción debe presentarse dentro de las dos semanas posteriores a la notificación, por escrito o mediante protocolización de la oficina judicial que ha emitido el mandato penal. No hay un deber de fundamentar. La objeción no es un recurso jurídico.
Cf. § 33 nm. 6 ss.

(224) No, porque con el mandato penal solo tuvo lugar un examen sumario del caso. Si el acusado teme algo peor, puede revocar su objeción hasta el pronunciamiento de la sentencia, § 411, inc. 3.°, 1.ª oración; pero precisa para ello, después del inicio del juicio oral, el consentimiento de la Fiscalía, § 411, inc. 3.°, 2.ª oración.
Cf. § 33 nm. 8.

(225) No, según el § 411, inc. 2.º, 1.ª oración puede hacerse representar por su defensor. Sin embargo, si en la fecha establecida no comparece y tampoco se hace representar por un defensor, la objeción de conformidad con el § 412 debe rechazarse.
Cf. § 33 nm. 7.

(226) Está regulado en los §§ 417-420 y entra en consideración para hechos que corresponden al Tribunal Municipal, respecto de los cuales las circunstancias son sencillas o la situación probatoria es clara.
Cf. § 33 nm. 10 ss.

(227) El efecto devolutivo significa que a través del recurso el proceso debe ser llevado a la instancia superior. En virtud del efecto suspensivo, por su parte, la apelación y la casación (a diferencia de la queja), impiden el comienzo de la cosa juzgada si fueron interpuestas dentro de plazo.
Cf. § 34 nm. 1.

(228) La StPO conoce la apelación (§§ 312 ss.), la casación (§§ 333 ss.) y la queja (§§ 304 ss.). La objeción prevista en el § 410, en el marco del procedimiento por mandato penal, no es un recurso, sino un medio de impugnación ordinario. Característico de los recursos es, en especial, el efecto devolutivo, esto es, que el recurso lleva el proceso a la instancia superior.
Cf. § 34 nm. 1, nm. 2.

(229) Sí. Una sentencia del Tribunal Municipal puede ser impugnada de manera indeterminada. Este procedimiento entra en consideración sobre todo cuando el recurrente quiere esperar los fundamentos de la sentencia para poder examinar si contiene errores jurídicos. Hasta que finalice el plazo para presentar los fundamentos de la casación puede determinarse, ante el tribunal que dictó la resolución, si el recurso debe tramitarse como apelación o como casación. Si ello no se hace, no tiene lugar de una manera inequívoca, o se realiza tardíamente, el recurso será tramitado como apelación (la cual es más amplia).
Cf. § 34 nm. 6 ss.

(230) Sí; § 296, inc. 2.º. En el caso del acusado, por el contrario, es necesario que exista un agravio, es decir, a través de la decisión impugnada debe verse directamente perjudicado en sus intereses legítimos. Ello se determina únicamente mediante la parte dispositiva de la sentencia. Por lo tanto, el acusado en principio no ha sufrido un agravio si ha sido absuelto o el proceso ha sido sobreseído, a menos que exista un impedimento procesal subsanable o que la causa estuviera en condiciones para el dictado de una absolución.
Cf. § 34 nm. 9 ss.

(231) Sí. Para la apelación (§ 318) y la casación (§ 344, inc. 1.º) hay una regulación legal, para la queja está reconocido en forma general (también es posible para la objeción de conformidad con el § 410, inc. 2.º). La parte no impugnada de la decisión es vinculante para el resto del proceso y adquiere autoridad de cosa juzgada parcial. Para esto, es necesario que la parte impugnada de la sentencia o del mandato penal, desprendida de la parte restante, pueda ser juzgada y examinada autónomamente (requisito de la separabilidad). Además, entre la parte no impugnada de la sentencia y la decisión del tribunal que resuelve el recurso no deben generarse contradicciones.
Cf. § 34 nm. 16 ss.

(232) En principio, sí, siempre que el recurso haya sido interpuesto solo por el acusado, por la Fiscalía a su favor, o por su representante legal (cf. § 331). En cualquier caso, protege solamente impidiendo que la consecuencia jurídica sea empeorada en tipo y en cuantía. El pronunciamiento sobre la culpabilidad, en cambio, puede agravarse.
Cf. § 34 nm. 24 ss.

(233) Sentencias del juez penal y del Tribunal de Escabinos, § 312.
Cf. § 35 nm. 1.

(234) Según el § 313, inc. 1.º, en el caso de condenas de baja cuantía (aproximadamente hasta 15 días-multa) la apelación solo es procedente si ha sido admitida. Si es manifiestamente infundada, no prospera; § 313, inc. 2.º. Cf. § 35 nm. 6.

(235) De conformidad con el § 333, la casación procede contra sentencias (pronunciadas; § 268, inc. 2.º, 1.ª oración) del Tribunal Estadual y sentencias de primera instancia del Tribunal Superior Estadual. Además, contra sentencias del Tribunal Municipal es posible la llamada casación *per saltum*, § 335, inc. 1.º.
Cf. § 36 nm. 30 s.

(236) El plazo para interponer casación es de una semana a partir del pronunciamiento de la sentencia, § 341, inc. 1.º. Si en el momento en que se pronuncia la sentencia, el imputado no está presente, el plazo de una semana comienza a partir de la notificación; § 341, inc. 2.º. Para el cálculo de los plazos rigen los §§ 42, 43.
Cf. § 36 nm. 32.

(237) El plazo es de un mes y comienza con el transcurso del término para la interposición; § 345, inc. 1.º, 1.ª oración. Si la notificación de la sentencia completa no se produce dentro de la semana posterior al pronunciamiento, el plazo para la fundamentación de la casación comienza recién con la notificación, § 345, inc. 1º, 2.ª oración. La interposición de casaciones procesales y sustantivas una vez transcurrido este plazo, en principio, no es posible. La casación sustantiva no debe fundarse y por ello es posible hacerlo con posterioridad.
Cf. § 36 nm. 34 s.

(238) No. A diferencia del derecho civil, ello no es posible, porque el desistimiento se entiende como una renuncia a la reiteración del recurso.

(239) De conformidad con el § 344, inc. 1.º, la fundamentación de la casación se compone de dos partes, esto es, el requerimiento y su fundamentación. Según el § 337, inc. 1.º siempre debe hacerse valer una violación de la ley y exponerse el «nexo de afectación». Entran en consideración el error sobre los presupuestos procesales, la violación del derecho sustantivo y del derecho procesal. Los presupuestos procesales son examinados de oficio, pero deberían plantearse en el escrito de fundamentación de la casación. En el caso de una casación sustantiva, el tribunal de casación lee la sentencia impugnada. Por ello, no es una obligación que esté fundada en detalle (pero debería). Es diferente el caso de una casación procesal. Las casaciones procesales genéricas («planteo la violación del derecho procesal») obligarían al tribunal de la casación a hacer un trabajo enorme

y, además, lo colocarían frente a la tarea, imposible de llevar a cabo, de reconstruir todo el proceso. Por ello, deberían ser fundadas de manera detallada, de modo que el tribunal de casación pueda decir: «Si lo que expone el recurrente es correcto, entonces tiene razón» (§ 344, inc. 2.º, 2.ª oración).
Cf. § 36 nm. 7 ss.

(240) Con la casación procesal se plantea la violación del derecho procesal. El recurrente debe presentar su casación procesal exactamente, probarla con hechos (§ 344, inc. 2.°, 2.ª oración) y también debe exponer el «nexo de afectación».
Con la casación sustantiva se plantea la violación del derecho material. No es necesaria una descripción precisa de la violación, toda vez que el error jurídico puede extraerse de la misma sentencia.
Cf. § 36 nm. 21 ss.

(241) Existen motivos de casación relativos (§ 337) y absolutos (§ 338). No alcanza con que se plantee una violación de la ley, más bien la sentencia debe basarse en la infracción de la ley. Es suficiente cuando no puede excluirse que la sentencia, sin el error, habría resultado de otra forma. En el caso del § 338, este nexo de afectación se lleva a cabo mediante una ficción legal (a diferencia del caso del § 337).
Cf. § 36 nm. 17 ss.

(242) El tribunal de casación puede rechazar la casación por inadmisible mediante un auto (§§ 346, 349 inc. 1.º), sobreseer total o parcialmente de conformidad con los §§ 206a, 153 (no, sin embargo, en virtud del § 153a), 154, 154a, o declararse incompetente y remitir el asunto al tribunal de casación competente de conformidad con el § 348.
Fuera de la audiencia, el tribunal de casación puede decidir mediante un auto interlocutorio de conformidad con el § 349, inc. 2.º y 3.º, cuando por pedido de la Fiscalía la casación es considerada con acuerdo de todos los jueces de casación como manifiestamente infundada. De conformidad con § 349, inc. 4.° también puede acoger mediante un auto interlocutorio una casación interpuesta a favor del acusado que se considera palmariamente fundada.
Si el tribunal de casación decide en virtud de una audiencia, entonces lo hace mediante sentencia; §§ 349, inc. 5.º; 353 ss.
Cf. § 36 nm. 36 ss.

(243) La queja es el recurso contra autos del tribunal de mérito de primera y segunda instancia y contra decretos del presidente del tribunal, del juez de investigación y del juez comisionado o exhortado; cf. § 304, inc. 1.°.
Cf. § 37 nm. 1.

(244) La queja se interpone siempre ante el *iudex a quo*, § 306. Si el tribunal la considera fundada, hace lugar a la queja; § 306, inc. 2.º, 1.ª parte de la oración; de otro modo, debe presentársela al tribunal de la queja competente; § 306, inc. 2.º, 2.ª parte de la oración. Entonces deberá decidir la Gran Cámara Penal ante el Tribunal Estadual, el OLG o el BGH.
Cf. § 37 nm. 7 ss.

(245) El interés en la seguridad jurídica debe ceder cuando predomina el interés en la verdad y en la justicia. Tal es el caso cuando los fundamentos de una sentencia firme, que genera seguridad jurídica, resultan conmovidos.
Cf. § 3 nm. 4; § 38 nm. 1.

(246) Cf. § 38 nm. 2 ss.

(247) Se necesita siempre un requerimiento.
Cf. § 38 nm. 1.

(248) Solo los procesos que fueron concluidos a través de una sentencia firme sobre el fondo (§ 359) o de un mandato penal (§ 373a).
Cf. § 38 nm. 2.

(249) No. La revisión presupone un agravio. El condenado solo resulta agraviado por un fallo de culpabilidad, no por uno de absolución.
Cf. § 38 nm. 4.

(250) No. Los motivos de revisión están regulados de manera taxativa en los §§ 359 ss. (complementados por el § 79, inc. 1.° BverfGG). La modificación de una ley o de la jurisprudencia no está contemplada por la ley como un motivo de revisión. En especial, no constituye un hecho en el sentido del § 359, núm. 5.
Cf. § 38 nm. 3, 11.

(251) Cf. § 38 nm. 5, 17 ss.

(252) No, porque se trata de una decisión equiparable a un pronóstico.
Cf. § 38 nm. 19 s.

(253) No, ello solo puede suceder en el juicio oral.
Cf. § 38 nm. 23.

(254) Se suprime la cosa juzgada de la sentencia, y el proceso se retrotrae al estado de litispendencia en el que se encontraba antes de la sentencia.
Cf. § 38 nm. 23.

(255) Sí. Si existen suficientes pruebas para una absolución inmediata y la Fiscalía presta su acuerdo, puede renunciarse excepcionalmente a la realización del juicio oral (§ 371, inc. 2.º). El juicio oral tampoco tiene lugar cuando el condenado ha fallecido (§§ 361, 371, inc. 1.º). En caso contrario, el caso es sometido a un nuevo juicio.
Cf. § 38 nm. 22.

(256) No, porque la prohibición de *reformatio in peius* rige según el § 373, inc. 2.º cuando el procedimiento de revisión es activado a favor del condenado.
Cf. § 38 nm. 24.

(257) Cf. § 38 nm. 25.

(258) Si existe un hecho del catálogo según el § 374, inc. 1.° y la Fiscalía desestima el interés público en una persecución penal de oficio, así el procedimiento de acción privada puede activarse.
Cf. § 39 nm. 3 ss.

(259) Debe haberse promovido la acción pública (cf. también § 396, inc. 1.º, 2.ª oración) y contarse con la facultad de adherir de conformidad con el § 395. Para ello es suficiente con que según la situación de fondo o la que se invoca en la adhesión, resulte jurídicamente posible la condena del acusado por un delito que legitime para la acusación adhesiva.
Cf. § 39 nm. 18 ss.

(260) Según el § 171, si el ofendido ha formulado denuncia penal, únicamente debe comunicársele el sobreseimiento del proceso. Si quiere ser informado acerca del desarrollo y desenlace del proceso, debe solicitarlo de conformidad con el § 406d. También tiene un derecho de asistencia jurídica, §§ 406 s. Finalmente, desde el comienzo del procedimiento de investigación, el ofendido puede acceder a todas las actuaciones a través de un abogado, § 406e inc. 1.º y 2.º o, en su caso, por sí mismo según § 406e inc. 3. º.
Cf. § 39 nm. 40 ss.

(261) La definición resulta del § 464a, inc. 1.º, 1.ª oración.
Cf. § 40 nm. 2.

(262) Como A fue condenado, debe cargar con las costas del proceso de conformidad con el § 465. Los honorarios del defensor de oficio pertenecen a los gastos del erario público y con ello a las costas del proceso (cf. n.º 9007 KVGKG); por el contrario, los honorarios de un defensor de elección cuentan como gastos necesarios, § 464a, inc. 2.º, n.º 2). Por lo tanto, A debe pagar los honorarios de su defensor de oficio.
Cf. § 40 nm. 6.

Bibliografía alemana

AK/StPO. Kommentar zur Strafprozeßordnung, Wassermann, Rudolf (ed.); tomo 1 (Introducción - § 93) 1998; tomo 2, 1.ª parte (§§ 94- 212 b) 1992, 2.ª parte (§213-275) 1993; tomo 3 (§§ 276-477) 1996.

Ambos, 2004. Ambos, Kai, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2.ª ed., 2004.

Ambos, 2010. Ambos, Kai, Beweisverwertungsverbote, Grundlagen und Kasuistik – internationale Bezüge – ausgewählte Probleme, 2010.

Ambos, 2016. Ambos, Kai, Treatise on International Criminal Law, Vol. III Procedure, Cooperation and Implementation, 2016.

Ambos, 2017. Ambos, Kai, Derecho Penal Europeo, 2017.

Ambos, 2018. Ambos, Kai, Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe, 5.ª ed., 2018.

Ambos, 2021. Ambos, Kai, Treatise on International Criminal Law Vol. I Foundations and General Part, 2.ª ed., 2021.

Ambos, 2022. Ambos, Kai (ed.), Rome Statute of the International Criminal Court. Article-by-Article Commentary, 4.ª ed., 2022.

Ambos/König/Rackow. Ambos, Kai/König, Stefan/Rackow, Peter (eds.), Rechtshilferecht in Strafsachen, 2.ª ed., 2020.

Amelung. Amelung, Knut, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß, 1990.

BeckOK StPO/Comentarista. Beck'scher Online-Kommentar StPO con RiStBV y MiStra, v. Graf (ed.), 39.ª ed., última revisión 1.01.2021.

Beulke/Swoboda. Beulke, Werner/Swoboda, Sabine, Strafprozessrecht, 15.ª ed., 2020.

Bockemühl. Bockemühl, Jan, Private Ermittlungen im Strafprozeß, 1996.

Dahs. Dahs, Hans, Handbuch des Strafverteidigers, 8.ª ed., 2015.

Dahs/Dahs. Dahs, Hans/Dahs, Hans, Die Revision im Strafprozeß, *NJW*-Praxis, 9.ª ed., 2017.

Eisenberg. Eisenberg, Ulrich, Beweisrecht der StPO, 10.ª ed., 2017.

Eisenberg/Kölbel. Eisenberg, Ulrich/Kölbel, Ralf, Kriminologie, 7.ª ed., 2017.

Erker. Erker, Martin, Das Beanstandungsrecht gem. § 238 II StPO, 1988

Fezer, 1974. Fezer, Gerhard, Die erweiterte Revision – Legitimierung der Rechtswirklichkeit?, 1974.

Fezer, 1995. Fezer, Gerhard, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, 1995.

Fischer. Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 68.ª ed., 2021.

FS Bemmann. Festschrift für Günter Bemmann zum 70. Geburtstag, Schulz, Joachim/ Vormbaum, Thomas (eds.), 1997.

FS Beulke. Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, Fahl, Christian *et al.* (eds.), 2015.

FS Bruns. Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, Frisch, Wolfgang/Schmid, Werner (eds.), 1978.

FS Dünnebier. Festschrift für Hanns Dünnebier zum 75. Geburtstag, Hanack, Ernst-Walter *et al.* (eds.) 1982.

FS Kleinknecht. Strafverfahren im Rechtsstaat, Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag, Gössel, Karl Heinz/ Kauffmann, Hans (eds.), 1985.

FS Lange. Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, Warda, Günter, *et al.* (eds.) 1976.

FS Salger. Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin. Festschrift für Hannskarl Salger, Eser, Albin/Kullmann, Hans Josef (eds.), 1995.

FS Sancinetti. Brücken bauen, Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag, Hilgendorf, Eric, *et al.* (eds.), 2020.

FS Schüler- Springorum. Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag, Albrecht, Peter A. *et al.* (eds.), 1993.

FS Spendel. Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag, Seebode, Manfred (ed.), 1992.

FS Trechsel. Strafrecht, Strafproprozeßrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Donatsch, Andreas, *et al.* (eds.), 2002.

FS Wolter. Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag, Zöller, Mark A. *et al.* (eds.), 2013.

Grünwald. Grünwald, Gerald, Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung, 1993.

Hamm/Pauly. Hamm, Rainer/Pauly, Jürgen, Die Revision in Strafsachen, 8.ª ed., 2020.

Hassemer/Matussek. Hassemer, Winfried/Matussek, Karin, Das Opfer als Verfolger, 1996.

Heinrich. Heinrich, Manfred, Zur Operationsvorbereitung entnommene Blutproben als Beweismittel im Strafprozeß, 1996.

HK -StPO. Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, Gercke *et al.* (eds.), 6.ª ed., 2019.

KK-StPO. Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, Hannich (ed.), 6.ª ed., 2008 y 8.ª ed., 2019.

KMR. Loseblattkommentar zur Strafprozeßordnung, fundado por Kleinknecht/ Müller/Reitberger, Fezer/Paulus (eds.); desde la entrega número 14 Heintschel-Heinegg/Stöckel (eds.), 8.ª ed., desde 1990.

Kühne. Kühne, Hans- Heiner, Strafprozessrecht, 8.ª ed., 2010.

Lackner/Kühl/Heger, StGB. Lackner, Karl/Kühl, Kristian/Heger, Martin, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 29.ª ed., 2018.
LH Rivacoba y Rivacoba. El penalista liberal. Libro homenaje a Rivacoba y Rivacoba, Guzmán Dalbora, Jose Luis (coord.), 2004.
LR. Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Großkommentar, Rieß (ed.), 25.ª ed.; 26.ª ed. desde 2006, Erb, *et al.* (eds.), 27.ª ed., 2016.
Meyer-Goßner/Schmitt. Meyer-Goßner, Lutz/Schmitt, Bertram, Strafprozessordnung, 64.ª ed., 2021.
MüKoStPO. Münchener Kommentar zur StPO, Knauer *et al.* (eds.), 1.ª ed., desde 2014.
NK-StPO. Nomos Kommentar zur Strafprozessordnung, Rotsch, Thomas *et al.* (eds.), 2022 (de próxima publicación).
Peters-FG. Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafverfahren. Festgabe für Karl Peters aus Anlaß seines 80. Geburtstages, 1984.
Prittwitz. Prittwitz, Cornelius, Der Mitbeschuldigte im Strafprozeß, 1984.
Radtke/Hohmann. Radtke, Henning/Hohmann, Olaf (eds.), Strafprozessordnung, 2011.
Roxin. Roxin, Claus, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 4.ª ed., 2004.
Roxin/Schünemann. Roxin, Claus/Schünemann, Bernd, Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch, 29.ª ed., 2017.
Rudolphi-Symposium. Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts, Symposium zu Ehren von Hans-Joachim Rudolphi, 1995.
Satzger. Satzger, Helmut, Internationales und Europäisches Strafrecht, 9.ª ed., 2020.
Schairer. Schairer, Martin, Der befangene Staatsanwalt, 1983.
Schlüchter. Schlüchter, Ellen, Das Strafverfahren, 2.ª ed., 1983.
SK-StPO. Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Wolter (ed.), 5.ª ed., desde 2015.
SSW. Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm/Widmaier, Gunter, Strafprozessordnung, 4.ª ed., 2020.
Tolksdorf. Tolksdorf, Klaus, Mitwirkungsverbot für den befangenen Staatsanwalt, 1989.
Verrel. Verrel, Torsten, Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren, 2001.
Volk/Engländer. Volk, Klaus / Engländer, Armin, Grundkurs StPO, 9.ª ed., 2018.
Volk 1978. Volk, Klaus, Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht, 1978.
Volk 1980. Volk, Klaus, Wahrheit und materielles Recht im Strafprozeß, 1980.
Ziegert. Ziegert, Ulrich (ed.), Grundlagen der Strafverteidigung, 2000.

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Bibliografía española

Asencio Mellado, José María. 2019. «La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita». *La Ley,* 9499.

CGPJ. 2016. *Guía sobre la denuncia.* https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Atencion-Ciudadana/Modelos-normalizados/Denuncia.

Civio. *El Indultómetro*. https://civio.es/el-indultometro/.

Fernández-Fígares Morales, María José. 2021. *Audiencias Telemáticas en la Justicia. Presente y Futuro*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Fuentes Soriano, Olga. 2020. «La prueba prohibida aportada por particulares a la luz de las nuevas tecnologías». En *Derecho Probatorio y otros estudios procesales. Liber amicorum Vicente Gimeno Sendra,* dir. José María Asencio Mellado. Madrid: Castillo de la Luna Ediciones.

Gimeno Sendra, Vicente. 2021. «Los derechos fundamentales procesales». En *Derecho Procesal Penal.* Vicente Gimeno Sendra, Manuel Díaz Martínez y Sonia Calaza López. Valencia: Tirant lo Blanch.

Gómez Colomer, Juan Luis et al. 2008. *Prueba y Proceso Penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Gómez Colomer, Juan Luis (coord.). 2012. *Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Gómez Colomer, Juan Luis (dir.). 2013. *Introducción al Proceso Penal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Gómez Colomer, Juan Luis. 2015. *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito.* 2ª edición. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.

Gómez Colomer, Juan Luis y Silvia Barona Vilar. 2021a. *Introducción al Derecho Procesal. Derecho Procesal I.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Gómez Colomer, Juan Luis y Silvia Barona Vilar. 2021b. *Proceso Penal. Derecho Procesal III.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Gómez Colomer, Juan Luis e Iñaki Esparza Leibar. 2009. *Tratado Jurisprudencial de Aforamientos Procesales.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Madrid Boquín, Christa María. 2014. «The exclusion of unconstitutionally obtained evidence in civil proceedings: A comparative analysis between the USA and Spain». *Journal of Legal Studies,* 3-4: 13-38.

ISBN: 978-84-18432-78-1

Klaus Volk, Kai Ambos, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Beltrán Montoliu, Christa M. Madrid Boquín

DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

Madrid Boquín, Christa María. 2020a. *La prueba ilícita en el proceso civil.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Madrid Boquín, Christa María. 2020b. «Los hallazgos casuales en la investigación criminal: actualidad legislativa y jurisprudencial en España». En *La instrucción del crimen: algunos problemas procesales,* dir. Juan Luis Gómez Colomer. Madrid: Sepín.

Miranda Estrampes, Manuel. 2003. «La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación». *Jueces para la Democracia,* 47: 53-66.

Montero Aroca, Juan. 2000a. «Nociones generales sobre la prueba (Entre el mito y la realidad)», *La prueba.* Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. VII: 15-66.

Montero Aroca, Juan. 2000b. «Procedimiento Probatorio (La grandeza de la sumisión a la ley procesal)». *La prueba.* Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. VII: 281-314.

Montero Aroca, Juan, Juan Luis Gómez Colomer y Silvia Barona Vilar. 2019. *Derecho Jurisdiccional I. Parte General.* 27ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

Montero Aroca, Juan, Juan Luis Gómez Colomer, Silvia Barona Vilar, Iñaki Esperaza Leibar y José F. Etxeberría Guridi. 2019. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal.* 27a edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

Montesinos García, Ana. 2009. *La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Moreno Catena, Víctor y Valentín Cortés Domínguez. 2021. *Derecho Procesal Penal*. 10ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

Planchadell Gargallo, Andrea. 2014. *La prueba prohibida: evolución jurisprudencial (Comentario a las sentencias que marcan el camino).* Pamplona: Aranzadi.

Salas Calero, Luís. 2002. «Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: Problemas probatorios, prueba ilícita y procesos penales socialmente relevantes. La exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas en el Derecho Procesal de los Estados Unidos», *Revista Poder Judicial*, 66: 367-401.

Simarro Pedreira, Margarita. 2020. *La prueba prohibida: ¿Del pasado ordálico al futuro garantismo? La doctrina y la jurisprudencia al descubierto*. Barcelona: Reus Editorial.

Velasco Núñez, Eloy. 1996. «Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del "fruto del árbol envenenado": Correcciones actuales y tendencias de futuro». *Medidas restrictivas de derechos fundamentales.* Cuadernos de Derecho Judicial. 12: 425-463.

Vives Antón, Tomás. 2002. «Consideraciones constitucionales sobe la exclusión de los "frutos del árbol emponzoñado"». *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 4: 5-20.

Nota de los autores

La presente obra ha sido realizada como un estudio de Derecho Comparado, por iniciativa del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) y con la participación del Centro de Estudios sobre Administración de Justicia de la Universitat Jaume I. CEDPAL es una entidad autónoma del Instituto de Ciencias Criminales de la Facultad de Derecho de la Universidad Georg-August de Göttingen (Alemania) y es, además, parte integrante del Departamento para Derecho Penal Extranjero e Internacional. El Centro tiene como objetivo la promoción de la investigación y la formación en ciencias penales y criminológicas en América Latina, así como el intercambio de saber académico entre Alemania, América Latina y otras culturas jurídicas, en este caso la española.

Con dicho propósito, CEDPAL ha fomentado la traducción y difusión de trabajos clave en estos ámbitos científicos, como la obra del Prof. Klaus Volk, «Curso Fundamental de Derecho Procesal Penal», con relación a la cual se ha planteado la promoción de un curso de proceso penal binacional, que ofrezca condiciones idóneas para facilitar un diálogo científico dinámico entre la ciencia procesal penal alemana, española y latinoamericana. En este contexto se están elaborando versiones nacionales de la obra original de Volk en una selección de países, entre ellos España, Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, México y Perú. Cada una de estas versiones cuenta con la intervención de coautores nacionales, especialistas de prestigio, quienes elaboran comentarios a los temas abordados en los distintos capítulos.

Concretamente, en la versión española que ahora presentamos, el análisis comparativo (específicamente identificado como «comentarios desde la perspectiva española»), ha sido realizado por tres profesoras de Derecho Procesal, miembros del Centro de Estudios sobre Administración de Justicia, que está integrado dentro del Departamento de Derecho Público de la Universitat Jaume I. En la presente versión se abordan las instituciones esenciales del proceso penal, magistralmente expuestas por Volk, para explicarlas seguidamente con relación al sistema de justicia español. Así pues, se toma como base la obra de Volk, partiendo de la traducción realizada por los profesionales indicados al inicio de esta publicación, que ha sido cuidadosamente actualizada y revisada por el Prof. Kai Ambos. Siguiendo su estructura, se exponen de forma accesible y clara los temas correspondientes, indicando en cada capítulo las similitudes, diferencias

ISBN: 978-84-18432-78-1
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia188

y matizaciones necesarias que deban precisarse con relación al ordenamiento jurídico español.

Es importante destacar la influencia sustancial que la doctrina procesalista alemana ha tenido sobre la española, de manera que el análisis, los casos y ejemplos planteados por Volk serán valiosos para el estudio de la materia en España y, particularmente, para su análisis por parte del estudiantado que cursa la asignatura de Derecho Procesal Penal, así como otras afines que se imparten en diferentes programas de Grado y Postgrado. Asimismo, si se tiene en cuenta las versiones que se publicarán en los diferentes países, esta colección posibilitará también la investigación, la enseñanza y el aprendizaje del Derecho Procesal Penal comparado con relación a diferentes países latinoamericanos.

Finalmente, como material docente, esta obra facilita el estudio de la justicia penal española de una forma sencilla y didáctica, por lo cual confiamos que será un apoyo valioso, tanto para estudiantes nacionales como para visitantes internacionales y profesionales extranjeros que deseen conocer el funcionamiento del proceso penal español.

Castellón de la Plana - Göttingen, 20 de junio de 2023
Los autores